

Compendio de derecho público interno y externo

Biblioteca
constitucional
del Bicentenario

■ Silvestre Pinheiro
Ferreira

■ Traducido y anotado por
Bartolomé Herrera
Vélez

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Colección “**Biblioteca Constitucional del Bicentenario**”

Número de colección: 13

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
FONDO EDITORIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
Los Cedros núm. 209 - San Isidro – Lima – Perú

COMPENDIO DE DERECHO PÚBLICO INTERNO Y EXTERNO
© Silvestre Pinheiro Ferreira

TRADUCCIÓN Y ANOTACIONES DE
Bartolomé Herrera

Primera edición digital: octubre de 2025

Hecho el depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2025- 08581

ISBN: 978-612-99160-0-2

El libro electrónico estará disponible en: <https://cec.sedetc.gob.pe>

Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra sin el consentimiento expreso de los titulares del copyright

Diseño: Q&P Impresores S.R.LTDA.
Av. Ignacio Merino N° 1546
Teléfono: 470 1788 Celular: 998 171 665
informes@qypimpresores.com

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU

Presidenta

Luz Pacheco Zerga

Vicepresidente

Helder Domínguez Haro

Magistrados

Francisco Morales Saravia

Gustavo Gutiérrez Ticse

Manuel Monteagudo Valdéz

César Ochoa Cardich

Pedro Hernández Chávez

CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES

Director General

César Ochoa Cardich

Asesor jurisdiccional con funciones de Director Ejecutivo

Juan Manuel Sosa Sacio

Director de Publicaciones y Documentación

Alfredo Orlando Curaca Kong

Directora de Estudios e Investigación

Nadia Paola Iriarte Pamo

Asesora jurisdiccional con funciones de Directora Académica

María Candelaria Quispe Ponce

ÍNDICE

Presentación	9
--------------------	---

SECCIÓN PRIMERA

DERECHO PÚBLICO INTERNO O DERECHO CONSTITUCIONAL

Artículo I: Nociones Preliminares.....	23
Artículo II: Del Poder Legislativo.....	26
Artículo III: Del Poder Ejecutivo	52
Artículo IV: Del Poder Judicial.....	98
Artículo V: Del Poder Electoral	110
Artículo VI: Del Poder Conservador.....	124

SECCIÓN SEGUNDA

DERECHO PÚBLICO EXTERNO O DERECHO DE GENTES

Artículo I: Introducción	129
Artículo II: De la independencia de las naciones.....	129
Artículo III: Del derecho de tránsito y mansión.....	133
Artículo IV: De los tratados de alianza y de comercio	137

Artículo V: De las confederaciones	139
Artículo VI: De la propiedad territorial y de la demarcación de límites	140
Artículo VII: De la libertad de los mares.....	145
Artículo VIII: De los derechos y deberes de las naciones en tiempo de guerra.....	146
Artículo IX: Conclusión de la guerra	165
Artículo X: Funciones y derechos de los agentes diplomáticos..	168

NOTAS DE BARTOLOMÉ HERRERA

Sección primera	195
Sección segunda.....	257

PRESENTACIÓN

Silvestre Pinheiro, Bartolomé Herrera y un texto clave del constitucionalismo peruano

Con gran satisfacción, el Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional que en esta oportunidad dirijo, presenta la reedición de una obra esencial en la tradición del constitucionalismo clásico de nuestro país: *Compendio de Derecho Público interno y externo*, escrita por el portugués Silvestre Pinheiro Ferreira (1769-1846), y traducida y anotada por el ilustre pensador peruano Bartolomé Herrera Vélez (1808-1864). Esta reedición forma parte de la colección *Biblioteca Constitucional del Bicentenario*, la cual está dedicada a la recopilación, reproducción y difusión de textos doctrinarios que contribuyeron a la consolidación de nuestro derecho constitucional.¹

La presente obra se destaca por su aporte en la formación de la doctrina constitucional peruana durante el siglo XIX e incluso principios del siglo XX, pues fue introducida por Herrera para la enseñanza del derecho público en el Perú y se utilizó por largos años. Cabe destacar, asimismo, que las

1 En esta colección ya han sido publicadas las siguientes obras: *Curso de Derecho Constitucional*, de José Silva Santisteban (2015); *Cuestiones constitucionales*, de Toribio Pacheco y Ribero (2015); *La Constitución peruana comentada*, de Luis Felipe Villarán (2016); *Curso de Derecho Internacional o de gentes*, de José Silva Santisteban (2018); *Derecho Político General*, de José María Quimper (Tomo I, 2016 y Tomo II, 2017); *Derecho Constitucional Filosófico*, de Manuel Atanasio Fuentes (2018); *Plan del Perú*, de Manuel Lorenzo de Vidaurre (2019); *Sátira constitucional peruana*, de Mariano Melgar, Felipe Pardo y Aliaga y Manuel Atanasio Fuentes (2019); *Breves nociones de la ciencia constitucional*, de Felipe Masías (2019); *Leciones de Derecho Público Constitucional*, de Ramón Salas (2020); y *Cuaderno de derecho constitucional*, de Luciano Benjamín Cisneros (2023).

anotaciones de este último complementaron las ideas de Pinheiro y brindaron una contextualización adecuada para una mejor comprensión y aplicación del contenido de la obra a nivel interno.

■ *Silvestre Pinheiro*

Nacido en Lisboa, Portugal, el 31 de diciembre de 1769², Silvestre Pinheiro fue un destacado filósofo, jurista, político y diplomático. Fue docente en la Universidad de Coimbra y ministro de Estado de Portugal. A lo largo de su vida, viajó también por varios países de Europa como Francia, Holanda, Alemania e Inglaterra, en los cuales desempeñó cargos diplomáticos. Exploró diversos ámbitos de la ciencia, sin embargo, sus aportaciones más resaltantes las encontramos en la Filosofía y el Derecho. Sobre esto último, destacan obras como *Manual do cidadão em um governo representativo ou princípios de Direito Constitucional, Administrativo e de Gentes* (1834); *Principes de Droit Public Constitutionnel, Administratif et des Gens, ou Manuel du citoyen dans um gouvernement représentatif* (1834); *Questões de Direito Público, e Administrativo, Filosofia e Literatura* (1844-1845); entre otras.

Sus conocimientos y reflexiones sobre el derecho público quedaron recogidos así en una variada producción bibliográfica, entre la que se encuentra el texto titulado *Précis d'un Cours de Droit Public interne et externe*, compendio que Pinheiro publicó en París en 1830 y después incluyó como parte de una obra más extensa denominada *Cours de Droit Public interne et externe*, publicada el mismo año en París, nuevamente. Este compendio, originalmente escrito en francés, es el que tradujo al español el clérigo Bartolomé Herrera. Fue publicado en el Perú en 1848, bajo el rótulo *Compendio de Derecho Público Interno y Externo por el comendador Silvestre Pinheiro Ferreira, traducido y anotado por Bartolomé Herrera para uso del Colegio de San Carlos*, aunque debe precisarse que hubo una anterior publicación anónima que

2 Falleció de neumonía el 1 de julio de 1846, a la edad de 76 años.

data de 1845³, así como una posterior edición de cuando aún se encontraba vivo el clérigo Herrera, cuya fecha exacta de publicación se desconoce, pero se calcula que ocurrió entre 1855 y 1864, antes de su muerte.⁴

El motivo que llevó al entonces rector del Colegio de San Carlos y futuro obispo de Arequipa a traducir la obra de Pinheiro, fue el de contar con material especializado para el dictado del curso de derecho público que se impartía en tal convictorio, germen de las futuras facultades de Letras y Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Esto se debe a que en la época escaseaban los manuales que abordaran esta materia, menos aún de manera tan completa, y al decisivo impulso que le dio a la educación el sacerdote Bartolomé Herrera como nueva cabeza de la institución, lo que lo llevó a buscar la renovación de los textos educativos. A pesar de que se apartaba del pensamiento de Pinheiro en muchos puntos, Bartolomé Herrera reconocía la importancia de su valiosa obra tal como aparece en sus anotaciones:

Antes de comenzar a apartarnos, como tenemos necesidad de hacerlo en estas notas, de algunas de las doctrinas del señor Pinheiro, debemos de manifestarle nuestro respeto. Es el primero que haya indagado tan prolija y profundamente la razón de cada una de las partes del actual sistema político: abandona el empirismo rutinerio de la escuela histórica, y se lanza con intrepidez en pos de los principios. La nobleza del mérito y la responsabilidad de todo funcionario público,

3 La publicación de 1845 se denominó *Compendio del Curso de Derecho Público interno y externo del comendador Silvestre Pinheiro Ferreira, escrito por él mismo, traducido para el uso del Colejio de San Carlos, y seguido de notas, que desenvuelven los principios de derecho constitucional y presenta el derecho jentes positivo que no se halla en el texto*. En este no se menciona que Bartolomé Herrera es el traductor y anotador de la obra.

4 Esta tercera edición lleva el mismo nombre que la segunda y es la que en esta ocasión republicamos. Fue impresa en la tipografía de Aurelio Alfaro, ubicada en Calle de Baquíjano N° 317, Lima. Debe mencionarse, además, que ya en este siglo XXI, el Fondo Editorial del Congreso de la República publicó una nueva edición del compendio en el año 2017.

aunque pertenezca a las cámaras, son dos bases constitucionales que hará siempre apreciabilísimo su derecho público interno, para cuantos cultivan este ramo. Estas prendas nos decidieron adoptarlo por texto.

■ **Obra clave del constitucionalismo peruano**

La publicación del *Compendio de Derecho Público interno y externo*, con las anotaciones del padre Herrera, convirtió a esta obra en importante referente sobre la enseñanza del derecho público en el Perú, como está dicho. Fue utilizada durante muchos años como manual en el Convictorio de San Carlos y, posteriormente, en las aulas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, debido a que su lectura dispensó una base teórica sólida para la comprensión del derecho constitucional e internacional o de gentes -como era conocido-, mientras que las anotaciones de Herrera, hechas muchas veces con el espíritu de un académico crítico, permitieron la comprensión, el debate y la adaptación de estos conocimientos a la realidad política y social peruana.

La obra traducida de Pinheiro cuenta con dos partes: la primera, denominada *Sección primera*, desarrolla todo lo atinente al *derecho público interno o derecho constitucional*. Dividida en artículos, a modo de subcapítulos, el artículo I contiene nociones preliminares sobre el derecho público interno; el artículo II está dedicado al Poder Legislativo; el artículo III al Poder Ejecutivo; el artículo IV al Poder Judicial; el artículo V al Poder Electoral; y, finalmente, el artículo VI al Poder Conservador. Por su parte, la *Sección segunda* versa sobre el *derecho público externo o derecho de gentes*, y también está dividida en diversos artículos. Así, en el artículo I, se hace una introducción al derecho público externo; en el II, se aborda la independencia de las naciones; en el III, el derecho al tránsito y mansión; en el IV, los Tratados de Alianza y Comercio; en el V, las Confederaciones; en el VI, la propiedad territorial y la demarcación de límites; el VII, la libertad de los mares; en el VIII, los derechos y deberes de las naciones en tiempos de guerra; en el IX, la conclusión de la guerra; y, por último, en el X, las funciones y derechos de los agentes diplomáticos.

Estas dos secciones, que en puridad corresponden al compendio traducido de Pinheiro, abarcan 191 páginas de la tercera edición que hemos tenido a la vista y ahora reproducimos. A partir de la página 193 de esta edición, aparecen las extensas anotaciones de Bartolomé Herrera, que a su vez están desagregadas en dos: notas a la *Sección primera* y notas a la *Sección segunda*, las que suman 140 páginas adicionales. Una cantidad muy importante, cercana al texto traducido.

En estas anotaciones, Bartolomé Herrera ofrece sus propias ideas a partir del texto de Pinheiro, que no necesariamente es coincidente con él en muchos aspectos, como, por ejemplo, en sus pensamientos en relación con la definición de derecho público, pues consideraba errado que el principio de este derecho sea la utilidad de la nación, como propugnaba Pinheiro, por lo que propuso que debía entenderse como *la ciencia del derecho que nace de las relaciones entre la suprema autoridad y la nación, considerada respecto del fin a que Dios la destina*. Asimismo, respecto a la soberanía, Herrera concluía que el poder provenía de la ley natural y que el pueblo otorgaba su consentimiento para ser gobernado, mediante la obediencia, mientras que Pinheiro afirmaba que el poder político era delegado por el pueblo a las autoridades. De igual modo, el párroco rechazaba la concepción de justicia basada en la utilidad como lo hacía Pinheiro, pues advertía que, sin un principio superior como el derecho natural, la justicia quedaría sujeta a la voluntad del grupo en el poder, lo que implicaba que *si la fuerza o el poder fueran derecho, entonces la impotencia para resistirlo se convertiría en obligación*.

No obstante estas divergencias, habían también varias coincidencias en otros puntos. Así, de una revisión del texto se observa que los apuntes de Herrera enriquecieron la obra, la que, indudablemente, resulta ser una pieza importante de la historia del constitucionalismo peruano.

■ ***Bartolomé Herrera y su pensamiento***

No podíamos concluir esta presentación sin escribir unas breves palabras sobre Bartolomé Herrera Vélez y su pensamiento: clérigo, teólogo, abogado, intelectual, docente,

político y filósofo. Sin duda, una figura influyente de la historia constitucional peruana.

Nacido el 24 de agosto de 1808 en Lima, quedó huérfano de padre y madre a la prematura edad de cinco años. A raíz de eso, el niño Bartolomé quedó bajo el cuidado su tío materno Luis Vélez Rodríguez y, posteriormente, al fallecimiento de este pariente, del cura Manuel José Pedemonte, rector de San Carlos. Se formó justamente en este colegio, al que ingresó en 1823. El precitado padre Pedemonte fue quien solventó sus estudios y diversos biógrafos sostienen que tuvo una gran influencia sobre él. En el convictorio estudió diversas disciplinas como teología, derecho y artes, que comprendía a la filosofía, las matemáticas y la física. Según narra Raphael María Teruel, un biógrafo contemporáneo a él, Herrera estudió posteriormente la carrera de teología tan solo para complacencia de su protector por lo que, concluida esta, se instruyó en jurisprudencia con ánimo de seguir la abogacía.⁵

Grande fue la sorpresa entre sus congéneres cuando en 1829, a los 21 años de edad, seguramente influenciado por Pedemonte, decidió abrazar el Estado eclesiástico y finalmente se ordenó de presbítero en 1831.⁶ En 1834, ya en sus labores como sacerdote, es designado cura de la parroquia de Cajacay, en la provincia de Cajatambo, ubicada en la sierra del Perú. Desde la soledad que implicaba regentar una parroquia rural, con pobladores que en su mayoría solo se acercaban para la misa de los días domingos, pudo advertir Herrera, como fruto de su incesante estudio de autores como Constant, Collard, Bonald o Guizot, que las enseñanzas religiosas impartidas en la escuela, influenciadas por el jansenismo, no eran las correctas, como tampoco las nociones del

5 Taurel, Raphael María. Biografía del Señor D.D. Bartolomé Herrera, en *Obras selectas del Clero peruano*, Tomo II, París, 1853, p. 28. Incluso antes de acabados sus estudios, Bartolomé Herrera empezó a enseñar en el convictorio carolino y, posterior a ello, fue su vicerrector.

6 Op. Cit. p. 29.

orden social dadas en política.⁷ Observó también, a raíz de su paso por esta parroquia y de su posterior traslado a la parroquia de Lurín por razones de salud⁸, ocurrido en 1840, las carencias educativas que afligían a la mayoría de pueblos del Perú e incluso a Lima, que tenía varios colegios en estado de abandono. Se puede presumir que la conclusión a la que arribó era la de una urgente y necesaria reforma educativa en el Perú, que debía darse desde los valores católicos y manteniendo una fuerte conexión entre Iglesia y Estado, ideas que decididamente defendía.

La providencia hizo que conociera en 1842 al presidente del Perú Juan Francisco Vidal La Hoz, que se encontraba de paso por el pueblo de Lurín luego de participar en una batalla por el mando del poder y que quiso escuchar las opiniones de Herrera sobre las circunstancias políticas que acontecían en el país. Quedó tan impresionado por la inteligencia y personalidad del cura que casi de inmediato lo nombró rector del Convictorio de San Carlos⁹, aquel que lo había acogido como alumno y posteriormente como profesor.

Durante su gestión, implementó una serie de reformas al convictorio, tanto a nivel de infraestructura, pues el local requería de urgentes refacciones, como a nivel académico, por cuanto, recordemos, consideraba a la educación como fundamental para el desarrollo del Perú, con lo cual contribuyó en la formación de varias generaciones de juristas y políticos peruanos, no siempre seguidores de su filosofía pero que reconocían en él a un auténtico maestro. Bartolomé Herrera *creía, más bien, en la necesidad de moldear generaciones que por su formación espiritual y moral, y por su capacidad intelectual, estuvieran en condiciones de dirigir los rumbos del país*¹⁰. Era, pues, Herrera, un pensador

7 Op. Cit. p. 30.

8 Contrajo verruga hasta en dos ocasiones.

9 Cfr. Taurel, Raphael María. Op. Cit. pp. 31 y 32.

10 Cubas R. Bartolomé Herrera como rector del Convictorio de San Carlos: desarrollo, ocaso y alcances de una reforma educativa en el Perú decimonónico. Mercurio Peruano. 2017; 530:120-139. doi: 10.26441/MP530-2017-A5

ultramontano y antiliberal, devoto promotor de la soberanía de la inteligencia¹¹, que no comulgaba ni con el absolutismo ni con la democracia: *El hombre no es esclavo ni de un rey ni de un pueblo: Luego son igualmente falsos los dos sistemas destructores de la justicia y de la libertad*¹². Creía, por el contrario, en una tercera vía: la del gobierno de los más preparados naturalmente, cuya capacidad intelectual se la ha dado Dios en última instancia. *El derecho tiene en Dios su principio y su sanción*,¹³ alegaba, por lo que eran los principios morales del creador los que deberían guiar al mundo y también los destinos del Perú. Así, al propagar su pensamiento, convirtió a San Carlos en un bastión del conservadurismo. De hecho, Herrera fue el máximo representante de esta doctrina durante el siglo XIX.

Sus ideas, claramente contrarias al liberalismo que imperó en su época, buscaban así el orden, la autoridad y la importancia de una organización política basada en la soberanía

-
- 11 Inspirada en la época de la restauración, la soberanía de la inteligencia, *aristarquía* o *aristocracia del saber*, implicaba que solo unos pocos deberían dirigir a la Nación, los más inteligentes y preparados. Carlos Álvarez-Calderón Ayulo, en conferencia dictada en el Círculo de Estudios de Derecho Constitucional del Perú, el 23 de agosto de 1947, lo resume así: “Sólo los más capaces, aquellos que con mayor clarividencia y aptitud vislumbran las leyes de Dios y descubren las necesidades del pueblo tienen la facultad de pretender el mando sin que por ello sean aún gobernantes.”. Álvarez-Calderón Ayulo, Carlos. Bartolomé Herrera y la Soberanía de la inteligencia. En *Derecho PUCP*, número 7, 1947, p. 37. Recuperado a partir de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6480>
 - 12 Herrera, Bartolomé. *Escritos y Discursos*, con prólogo de J. Guillermo Leguía, Biblioteca de la República, Lima, 1929, p. 131. Citado en: De Trazegnies, Fernando. *La idea del Derecho en el Perú republicano del Siglo XIX*, Grijley, 2018, Lima, p. 140.
 - 13 En sentido similar, refería en otra parte: *El derecho es tan sagrado en una nación, como en una tribu y como en un hombre; porque no viene de la fuerza, sino de la naturaleza humana, de la razón absoluta; y recibe su sanción de Dios, no del número de voluntades que se juntan*. Herrera, Bartolomé. *Sermón pronunciado por el D.D. Bartolomé Herrera, Rector del Colegio de San Carlos, el día 28 de julio de 1846. Aniversario de la independencia del Perú*, imprenta administrada por L. Herrera, Lima, 1846.p. 20. Recuperado de: <https://ira.pucp.edu.pe/wp-content/uploads/2020/06/26-pe-0689-compressed.pdf>

de los más capaces.¹⁴ Sostenía Herrera: *El origen de la soberanía no es el pacto que soñó Rousseau, sino la naturaleza del hombre y de la sociedad*¹⁵. Tales ideas fueron manifestadas, difundidas y defendidas no solo en el ámbito de lo religioso y educativo, sino también a través de sus acciones e intervenciones en el espacio político, pues Herrera fue diputado por Lima (1849-1851), por Jauja (1858-1860), ministro de Justicia e Instrucción Pública (1851-1852), de Relaciones Exteriores (1851-1852)¹⁶, plenipotenciario ante Turín, Nápoles y la Santa Sede (1852-1854), y presidente del congreso constituyente de la Constitución de 1860 (1859-1860). Está última, reaccionaria de la Constitución liberal de 1856, fue de corte moderado y la más estable de la historia republicana del Perú¹⁷, en cuya producción Herrera, casi al final de su vida, tuvo una nueva oportunidad de manifestar su pensamiento a nivel constitucional, fundamentalmente a través de un proyecto de Constitución que presentó en 1860, poco antes de retirarse de la vida política aquejado por la tuberculosis.

Muy recordados son los debates mantenidos con los hermanos José y Pedro Gálvez Egúsqiza, acérrimos defensores de la doctrina liberal. También la disputa ideológica sostenida en los periódicos *El correo peruano* y *El comercio con Benito Laso De la Vega*, magistrado de la Corte Suprema, surgida a raíz del sermón dado por el sacerdote Herrera el 28 de julio 1846 en la catedral de Lima, con ocasión del vigésimo

14 Aunque el consentimiento siempre debía provenir del pueblo. Así, en su pensamiento, había un derecho a la soberanía, que tenían todos, y un derecho de soberanía, que tenían solo algunos para llevar las riendas de la Nación. Cfr. Álvarez-Calderón Ayulo, Carlos. Op. Cit.

15 Herrera, Bartolomé. *Sermón...* Op. Cit. p. 10.

16 Además de ser ministro de Justicia e Instrucción Pública y de Relaciones Exteriores, el presidente Echenique también le encargó interinamente las carteras de Gobierno, Policía y Obras Públicas. De Trazegnies menciona que esto le dio un gran espacio político para difundir sus ideas: *En esta forma, sus discutidas ideas lograron una posición política de una amplitud de acción verdaderamente insólita*. De Trazegnies, Fernando. *La idea del Derecho en el Perú republicano del Siglo XIX*. Op. Cit., p. 136.

17 Tuvo una vigencia de 60 años.

quinto aniversario de la independencia del Perú¹⁸. Se dice que Laso, asistente al *Te-deum*, se levantó de su sitio a mitad del discurso iracundo con lo que oía de boca del clérigo. Al día siguiente, el miércoles 29 de julio, publicó en *El correo peruano* una columna a la que tituló *Soberanía popular*, en la que rebatió las palabras de Herrera. Como consecuencia, se dio inicio a una histórica polémica que hasta hoy se recuerda, contienda ideológica que fue alcanzando ribetes mayores, al punto que se vieron involucrados en esta la Corte Suprema, el Colegio de Abogados de Lima, los diarios del país y los alumnos y jurados del Convictorio de San Carlos.¹⁹ Sin duda, sus intervenciones lo hicieron un protagonista de la naciente República peruana.

El amor por su patria, sus deseos de mejora, su laboriosidad y perseverancia fueron virtudes innegables en Bartolomé Herrera, un infatigable pensador patrio. *Herrera poseyó una mentalidad poderosa, un cerebro en perenne labor de enriquecimiento y rectificación y además, y por sobre todo esto, una subyugante gallardía espiritual. Ninguno de nuestros compatriotas de sotana ejerció nunca superior influencia en la República.*²⁰ Y aunque antes y ahora muchos no podamos estar de acuerdo necesariamente con su filosofía, catalogada de “neo-tradicional”²¹, si debe reconocerse que fue una figura

18 Este discurso, que lleva por rótulo *Sermón pronunciado por el D.D. Bartolomé Herrera, Rector del Colegio de San Carlos, el día 28 de julio de 1846. Aniversario de la independencia del Perú*, fue publicado por la imprenta administrada por L. Herrera, de Lima, en 1846. En este, Herrera hace una crítica muy fuerte a las posiciones que sostenían que era una desgracia haber caído en las manos de España y al discurso de la soberanía popular en el sentido que se le da comúnmente y que, a su juicio, se opone abiertamente al derecho de libertad. Recuperado de: <https://repositorio.pucp.edu.pe/server/api/core/bitstreams/bc3ce2c6-19ac-4ecb-a5c1-25b7fc9b1eb7/content>

19 De Trazegnies, Fernando. *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*, Lima, 1982, p. 133.

20 Leguía, Jorge Guillermo. Prólogo en Herrera, Bartolomé. *Escritos y discursos*. Casa editorial E. Rosay, Lima, 1929, pp. XI y XII.

21 De Trazegnies, Fernando. *La idea del derecho en el Perú republicano del siglo XIX*. Op. Cit. p. 97.

clave de la historia y del constitucionalismo peruano, que ayudó a forjar con su pensamiento un orden constitucional en los tiempos convulsionados que significaron el inicio de la República.

La reedición de esta obra, en la que Bartolomé Herrera fijó su atención, muestra nuestro permanente compromiso por difundir textos fundamentales para la comprensión de la tradición constitucional peruana. El *Compendio de Derecho Público Interno y Externo* no solo es una muestra del pensamiento jurídico del siglo XIX, sino también una valiosa herramienta para el análisis y la reflexión sobre los principios y las ideas que sustentan nuestro sistema actual. Como se mencionó previamente, esta obra es una de las primeras en tratar la materia del derecho público, por lo que resulta más que pertinente rescatar este texto, que durante años fue una guía fundamental en la enseñanza del derecho constitucional.

Al ponerla nuevamente en circulación, reafirmamos la importancia de tener presente la historia constitucional de nuestro país para comprender el origen de nuestras instituciones, las ideas que se plantearon al inicio de nuestra República, así como para evaluar qué aspectos se deberían mantener, adaptar o superar de acuerdo a los tiempos actuales. Esperamos que esta edición sea de utilidad para las nuevas generaciones de abogados, jueces y estudiosos del Derecho y que contribuya al análisis y reflexión de nuestro Estado constitucional.

César Ochoa Cardich

Director General del Centro de Estudios Constitucionales
del Tribunal Constitucional del Perú

SECCIÓN PRIMERA

**DERECHO PÚBLICO INTERNO, O
DERECHO CONSTITUCIONAL**

ARTÍCULO I

Nociones Preliminares

§ 1

Derecho Público Interno, o Derecho Constitucional, es el conjunto de los principios que arreglan, en favor de cada nación, el ejercicio de los poderes políticos del Estado.

§ 2

El fin de la sociedad política es asegurar a cada uno de los individuos que la componen, el mayor goce posible de los derechos naturales, propiedad real, libertad individual y seguridad personal. Garantizados una vez al ciudadano estos derechos por la ley civil, se hacen derechos civiles (1).

§ 3

La ley civil se distingue de la natural en que sobre la pena que ésta impone a la violación del deber añade nueva pena.

§ 4

La ley de lo justo quiere que se haga el mayor número de bienes y el menor número de males. La ley social quiere en particular lo que produzca mayor bien para el mayor número (2).

§ 5

Además de los tres derechos civiles de propiedad, libertad y seguridad, el ciudadano puede ser llamado a ejercer uno o varios de los cinco derechos o poderes políticos del Estado, a saber: el poder electoral, legislativo, judicial, ejecutivo y conservador.

§ 6

Pero entre los habitantes de un país, hay algunos que no pueden ejercer los derechos civiles o políticos de los que acabamos de hablar. Tales son los menores y otros individuos no emancipados, las mujeres, los idiotas, los amentes y aquellos a quienes se ha prohibido que los ejerzan por decreto judicial, en castigo de delitos a que la ley haya impuesto esa pena. Esta última clase es la de los ciudadanos degradados; la otra es la de los ciudadanos impedidos naturalmente. Los que están en el pleno goce de sus derechos se llaman ciudadanos activos. Los que, sin haber nacido en el país gozan de los derechos políticos se llaman extranjeros naturalizados; si no tienen el goce de estos derechos se les llaman extranjeros no naturalizados.

§ 7

Los ciudadanos son propietarios de bienes raíces, comerciantes o industriales, o empleados públicos.

Estos tres estados se subdividen en las doce clases del cuadro siguiente:

ESTADOS	CLASES
De propiedad raíz	{ 1. Agricultura y otros bienes territoriales. 2. Minería
De industria	{ 3. Comercio y todas las otras profesiones industriales 4. Instrucción pública 5. Salud pública 6. Marina
De empleados en el servicio público	{ 7. Ejército 8. Empleados en obras públicas 9. De hacienda 10. De justicia 11. De Estadística 12. De la Secretaría de Estado y Relaciones Exteriores

§ 8

Es indispensable que haya en toda sociedad unos hombres más distinguidos que otros por su industria, talento, riqueza o empleos públicos. Una nobleza fundada en estas diferencias inherentes a la naturaleza humana nada tiene de común con la nobleza de linaje, que solo se funda en el privilegio, es decir, en la violación de todas las leyes.

Para sacar ventajas de los sentimientos loables de ambición, que impelen a toda alma bien formada a elevarse a esta jerarquía de verdadero mérito, y para enfrentar las pretensiones de la intriga, la Ley Fundamental del Estado debe fijar no solamente las clases en esta nobleza constitucional, sino también el modo de ascender, a fin de que sea gradualmente, y no por el favor sino por el fallo de la opinión pública.

Creemos haber alcanzado este objeto dividiendo la jerarquía en doce clases, en las que se distribuyan todos los ciudadanos, según su talento, riqueza o empleos que desempeñen en servicio del Estado; y establecemos el modo de subir ordenadamente de grado en grado y por elección nacional, sin que ninguna persona sea promovida sino por la mayoría de votos de las personas de su grado y de las de los grados inmediatamente inferior y superior al suyo, en cualquiera de las doce clases de los tres estados civiles de los que hemos hablado.

§ 9

El ejercicio de uno o de muchos poderes políticos, legalmente delegado, constituye lo que se llama representación nacional, ya se haga esta delegación por un nombramiento expreso, ya se derive del consentimiento tácito de la nación (3).

§ 10

No debe confundirse la representación nacional con la presentación provincial, municipal, etcétera. La primera está encargada de los intereses comunes a dos o muchas provincias. Los intereses que conciernen a una provincia pertenecen

exclusivamente a la representación provincial. Debe hacerse la misma reflexión respecto de cada una de las representaciones territoriales considerada relativamente a las otras.

Por esto la división del territorio es uno de los problemas más importantes del sistema constitucional. Juzgamos que todo país algo considerable debe dividirse en seis órdenes de territorio que llamaremos provincias, departamentos, gobiernos, cantones, distritos y parroquias. No adoptamos el sistema generalmente seguido de admitir diferente división para cada ramo del servicio público. En nuestro proyecto de organización social, la división que acabamos de indicar es común a todos los ramos de la administración civil, judicial, de hacienda o militar. La marina, las minas, los ríos y algunas ramificaciones de la administración que no existen en todos los lugares, son las únicas excepciones de esta regla general.

ARTÍCULO II

Del Poder Legislativo

§ 11

Los publicistas dicen que las atribuciones del poder legislativo consisten en dictar leyes y dar decisiones legislativas, pero no puede concebirse en qué hacen consistir la diferencia entre estas dos especies de atribuciones. La causa de la confusión de su doctrina es que no han dado una definición exacta de la palabra «ley»; y por aquí, sin embargo, debía haberse comenzado; mucho más, cuando no se puede determinar la diferencia entre los poderes ejecutivo y legislativo, si antes no se determina en que se distingue la ley del decreto. Procuremos enmendar esta falta.

Toda disposición, emanada de la autoridad, que concede primitivamente un derecho, o impone primitivamente un deber es ley del Estado.

Pero si la disposición, sin conceder derechos o imponer deberes que no hayan sido declarados antes por la ley, se limita al modo de ejecutar la ley, se llama decreto.

§ 12

Cuando decimos que la ley concede derechos o impone deberes primitivamente, no se deben tomar estas expresiones a la letra; porque, siendo el derecho y el deber correlativos, no se podría suponer que hubiese derecho por una parte sin deber por la otra; como tampoco podría suponerse que la propiedad de un objeto perteneciese a alguien sin afirmar al mismo tiempo que no pertenecía a otro. Esta es la razón por qué la ley civil puede ser justa o injusta: justa, cuando decide a favor de aquel a quien la propiedad pertenece en efecto; injusta, cuando prohíbe a alguno el uso de su derecho, por asegurar su goce a quien no le pertenece. La ley no puede, pues, conceder derechos a quien no los tenía, ni imponer deberes a quien no estuviese ya ligado con ellos. Así, no se habla propiamente cuando se dice que concede o impone; porque no hace sino declarar de qué lado está el derecho y de cuál el deber.

Los jurisconsultos han errado tomando literalmente estas dos expresiones. Hay cuestiones en que no es fácil determinar de qué parte está el derecho, y entonces es libre el legislador para seguir los dictámenes de su razón. Debe suceder, por consiguiente, que la legislación de diferentes países sobre tales cuestiones sea diferente y muchas veces opuesta. De aquí han concluido que la legislación de cada país depende enteramente de la libre voluntad del legislador. No han reflexionado que cuando las cuestiones no son dudosas no es permitido al legislador resolver a su antojo, ni es árbitro para conceder la victoria en la causa a una parte, cuando es indudable el derecho de la otra.

§ 13

Debe naturalmente suceder que en los casos más o menos dudosos y aun en los que, sin envolver duda alguna, el interés privado ciega al legislador, éste determine contra razón

y contra derecho; y entonces las leyes, en lugar de proteger al ciudadano, violan sus derechos. La mayor parte de los escritores han concluido de esta observación que el hombre al entrar en sociedad hace el sacrificio de parte de sus derechos. Conclusión errónea, porque, para que los hubiese sacrificado, era necesario que fuese dado al hombre salvaje ensanchar el círculo de sus necesidades y de sus goces, tanto como al hombre civilizado, y que tuviese menos embarazos para satisfacer sus necesidades que el que vive en sociedad. Pero el hecho es que, aun reducido a las pocas necesidades y goces que lo distinguen del hombre social, tiene menos seguridad, porque tiene menos medios de defensa, y, por consiguiente, menos libertad. En cuanto a la propiedad, jamás se han atrevido los panegiristas de tal estado de naturaleza a decir que ella pueda existir sin la protección de las leyes (4).

Pero de que las leyes deban proteger a los ciudadanos contra los ataques que los malvados puedan querer hacer a sus derechos, no debe deducirse lo que se llama *policía preventiva*, que prohíbe a los ciudadanos el ejercicio de una parte de sus derechos, no porque hayan abusado de ellos, sino porque, en igual caso, otros han abusado, lo que es un castigo: de modo que el legislador, dirigiendo un ataque a sus derechos, comete un crimen por impedir un delito que quizá no se cometería, ni se pensaría en cometer.

§14

Los abusos del poder legislativo que acabamos de indicar, son más frecuentes en las monarquías absolutas, donde el monarca tiene la plenitud de este poder, además del ejecutivo. Por esto en las monarquías constitucionales hay, fuera del monarca, mandatarios encargados especial y únicamente de concurrir con él a la formación de las leyes y de velar sobre su ejecución.

Si diferentes mandatarios tienen que concurrir a un fin común, están, por consiguiente, investidos de un mismo mandato general, pero como estos mandatarios son tomados de clases determinadas, y llamados a representar los intereses de las

mismas clases, cuyo conjunto hace la totalidad de la nación, aunque sus intereses sean algunas veces opuestos, conviene que la legislatura esté dividida en tantas porciones cuantos sean los intereses, que no deben representarse por los mismos mandatarios, a causa de la oposición que puede haber entre ellos.

De este modo, cada especie de intereses será representada por diferente porción del poder legislativo, y cada una de estas porciones estará investida no solo del mandato general ya mencionado, sino también de un mandato especial, a saber: el de representar los intereses que no podrían ser bien representados por las otras porciones.

La diferencia que establecemos entre las diversas porciones del poder legislativo no nace de que los interesados confien en la probidad de unos más que en la de otros mandatarios; porque ellos mismos los eligen todos a nombre de la nación, supuesto que en toda monarquía constitucional la nación es la que elige o aprueba a los funcionarios públicos. La división de los mandatos especiales de las diferentes porciones del poder legislativo proviene de que los conocimientos de cada Cámara le dan más capacidad que a la otra para representar ciertos intereses.

Los intereses que en toda nación algo considerable pueden hallarse en oposición algunas veces, y que exigen conocimientos especiales en las personas que deben representarlos, se dividen en cuatro clases, a saber: 1^a, intereses de las grandes divisiones territoriales; 2^a, intereses de las doce clases de profesiones diferentes, en que pueden dividirse, como hemos visto, los tres estados de propiedad, de industria y de servicio público; 3^a, intereses generales y recíprocos de todos los poderes constitutivos del Estado; 4^a, intereses de la nación respecto de los otros pueblos del mundo.

§ 15

En todas las monarquías constitucionales los intereses de la primera especie son representados por una Cámara a que se da generalmente el nombre de Cámara alta, y a sus

miembros se les ha llamado pares o senadores. La segunda especie de intereses es representada por otra Cámara llamada de los comunes o diputados. La tercera y cuarta especie de intereses son representadas por el monarca.

§ 16

Hay publicistas que no adoptan esta división del poder. Unos creen que basta dividirlo entre el rey y una sola Cámara. Otros que debe concentrarse cada poder político en un solo individuo físico o moral, es decir, el poder ejecutivo en un *presidente* o en un *directorio*, y el poder legislativo en una sola Cámara.

A esta divergencia de opiniones ha dado origen la imposibilidad en que se han encontrado los publicistas de asignar los verdaderos caracteres distintivos tanto de la Cámara alta como del rey. En cuanto a la Cámara alta, unos han dicho que representa la gran propiedad, otros la nobleza, otros, en fin, que está destinada a contener, por una parte, la tendencia de la Corona al despotismo y, por otra, la de la Cámara de los Comunes a la democracia.

De estas tres teorías, que son las únicas conocidas hasta el presente, las dos primeras son absolutamente falsas; la tercera es por lo menos inexacta.

Sea de esto lo que fuere por lo que hace a tiempos pasados, es un hecho que actualmente la Cámara alta en un país constitucional, monárquico o republicano no representa la gran propiedad. En el estado actual de las sociedades, la representan más bien los miembros de la Cámara de los Comunes, tomados de la clase que está en posesión de la gran masa de riqueza industrial y territorial de las naciones.

La Cámara alta, ni en Francia, ni en Estados Unidos, podría representar una nobleza que no existe en la primera de estas dos naciones, ni puede existir en la segunda.

Nadie duda de que esta Cámara contribuye a guardar el equilibrio entre las opiniones extremas que acabamos de mencionar, pero todavía hay otro escollo que los publicistas

no han advertido y hacia el cual la Cámara alta impelería la nave del Estado, si la de los comunes no le opusiese un poderoso contrapeso: quiero decir, el privilegio, o como se llama ordinariamente la aristocracia.

Así, la Cámara de los Comunes, oponiéndose al establecimiento del privilegio, por una parte, y del despotismo, por otra hace al Estado un servicio semejante al que hace la Cámara alta, oponiéndose al despotismo y a la democracia, pero esto no es más que efecto de la división del poder legislativo en dos o en tres porciones, y no la razón de esta división. No ha sido creada la Cámara alta para oponerse a los intereses representados por la de los comunes, sino que se opone a ellos porque son contrarios a otros intereses que ella representa. La oposición, pues, no es más que efecto de las atribuciones que se le han delegado. Solo señalando sus especiales atribuciones puede determinarse en qué se distingue su mandato especial del de la Cámara de los Comunes y del de la Corona.

§ 17

Lo que la teoría nos acaba de demostrar lo confirma la historia de los gobiernos representativos. Este principio se ha admitido por todos los fundadores de Estados, tanto monárquicos como republicanos, porque en todas partes se ha ejecutado la división del poder legislativo, o desde el principio, o con el transcurso del tiempo, conforme a lo que acabamos de indicar; y en todas partes la elección de los miembros de las dos Cámaras está fundada en los conocimientos especiales que se requieren para cumplir con su mandato especial. Así, los diputados se eligen en todos los países de las clases más inmediatas a aquellas en que, según el § 7.º, pueden dividirse todos los habitantes.

Por otra parte, los pares o senadores, miembros de la Cámara alta, son tomados en todas partes de entre aquellos hombres que por su situación social están al cabo de las relaciones estadísticas de las grandes divisiones territoriales del Estado; relaciones que el común de los diputados concentrados en el

círculo de sus profesiones, más o menos limitado, no se hallan en estado de poder apreciar.

Hay aún, es verdad, algunos países donde ha prevalecido la opinión de una sola Cámara, pero acabarán por reconocer, como los Estados Unidos, que esta Cámara, demasiado embebida en discusiones de pormenores, no puede atender al arreglo no menos importante de los intereses de las grandes masas de los Estados de la Unión, de las provincias o departamentos; y que por esto se desenvuelve en el seno del Estado una lucha de intereses más altos que la mayor parte de los diputados no son capaces de conciliar ni comprender.

Hay, sin embargo, una excepción de esta regla general, que sirve para confirmar más su exactitud, y es que cuando el país sea de tal suerte limitado, que las personas capaces de representar los intereses especiales de las clases no desconozcan los intereses generales del Estado, no habrá motivo alguno para la creación de segunda cámara.

§ 18

Acabamos de ver que es necesario que haya tantos mandatos especiales cuantos son los intereses diversos; porque exigen diferentes conocimientos en los que deben sostenerlos y porque, pudiendo muchas veces hallarse en oposición, no deben ser confiados todos a las mismas personas. Pero de aquí no se sigue que estos diversos representantes deban deliberar en cámaras separadas, como se practica en todos los países constitucionales. Por el contrario, parece que debiendo considerarse las razones por todos y por cada uno de los representantes de la nación, debían, reunidos en una sola cámara, comunicarse recíprocamente las razones que cada uno tuviese que alegar en favor de los intereses que sostiene. Es necesario, pues, o abolir la discusión en cámaras separadas o encontrar una razón de peso en que pueda fundarse esta separación.

Hemos notado ya que los diputados de cada una de las doce clases representan intereses diversos de los de las once clases restantes; del mismo modo que cada senador o par, representante de una provincia o departamento, tiene que sostener intereses diferentes de los que representan a los demás miembros de la misma cámara. ¿Por qué, pues, prescribir a los pares o senadores que deliberen con separación de los diputados, por la diferencia que existe entre los objetos de sus mandatos, y no reconocer la necesidad de semejante separación entre los diputados que representan los intereses de las diferentes clases? Es que hay homogeneidad entre los principios de que los diputados de las diferentes clases han de tomar los argumentos para apoyar sus opiniones; así como en la cámara de los pares, debiendo los argumentos tomarse en el campo de la alta estadística, los miembros de esta cámara se consideran en estado de comprenderlos y apreciarlos.

Si, por el contrario, el diputado tiene que alegar sus razones ante la cámara alta, o los miembros de ésta ante los diputados, no se podrá establecer entre ellos una discusión igual; porque ni a los diputados se les considera dotados de los conocimientos estadísticos necesarios para fallar con conocimiento de causa sobre las opiniones emitidas por los senadores, ni éstos poseen generalmente los conocimientos de pormenores, indispensables para poder emitir opinión decisiva entre las que dividan a la cámara de los comunes. Se puede comparar esta diversidad de conocimientos, que hace imposible a los unos apreciar las razones de los otros, al caso de dos asambleas encargadas de sostener los intereses de sus instituyentes, pero ignorando la una el idioma de la otra. Para llegar a algún resultado en la materia, sería menester no reunir las para que deliberasen juntas, pues, suponemos que el idioma de la una es desconocido a todos o algunos de los miembros de la otra, sino que la proposición votada por la mayoría de estas dos cámaras se sometiese a la deliberación de la otra asamblea; y según lo que resultase de la votación en ésta, comparada con la de la otra, se vería la cuestión como resuelta afirmativa o negativamente.

§ 19

No basta que la ley ordene a cada cámara discutir las leyes. Debe prescribirles además el modo de discutir las; porque la experiencia enseña que, por lo común, se hace lo contrario de lo que la importancia del asunto exige, y esto se observa tanto en la discusión como en los trabajos preparatorios de las comisiones.

Ya se ve que la formación de éstas está en contradicción con su objeto; porque unas veces se concede al presidente la facultad de nombrar a los miembros que deben componerlas; otras se eligen por suerte, y aun cuando sean elegidos por escrutinio, resulta que cada comisión se compone de personas tomadas de profesiones enteramente distintas; incapaces de convenir en los mismos principios; y que al cabo vienen a someterse a la decisión de uno o varios de los miembros que tienen más conocimientos sobre el objeto especial de la comisión, o más destreza para hacerlo creer.

Como, según nuestro sistema, la cámara de los comunes se compone de cierto número de diputados por cada una de las doce clases ya mencionadas (§ 7), están todos naturalmente divididos en doce comisiones, compuesta cada una de hombres especiales y, por consiguiente, en estado de deliberar sobre cada objeto que tenga relación con los intereses de las clases que representan.

Así, cada proposición que no sea bastante sencilla para poderse decidir en una sola sesión, deberá discutirse en una comisión particular y después en una comisión general compuesta de cierto número de miembros de cada una de las doce comisiones particulares. Los trabajos de las diferentes comisiones dejarán la materia suficientemente preparada para someterla a la decisión de la cámara.

Decimos lo mismo de la cámara alta que se compone de los pares o senadores representantes de los departamentos. Puede también dividirse en doce porciones o grupos, cada uno formado de los representantes de cierto número de departamentos, y de este modo los senadores o pares de cada

grupo formarán una comisión cuyos miembros pueden discutir reunidos las proposiciones que se les distribuyan, relativas a los intereses de los departamentos que representan. Veremos después por qué deban formarse doce porciones de los departamentos, que correspondan a las doce clases de que se compone la cámara de los comunes.

§ 20

Cerrada la discusión, se debe proceder a votar. El uso ha establecido tres formas de votación, a saber: poniéndose en pie o quedándose sentado, de palabra y por escrutinio secreto. Las dos primeras están sujetas a grandes abusos y dejan una sensible incertidumbre sobre el resultado de la votación. La tercera solo es buena para sustraer del odio público a los diputados, que, cubiertos con el velo del secreto, traicionan impunemente su deber.

Juzgamos mejor que cada diputado ponga en la ánfora una cédula de aprobación o reprobación en que escriba su nombre, de suerte que al publicarse el contenido de cada cédula se nombre al diputado a quien pertenezca y él se levante para ratificar lo que se ha publicado, o para reclamar contra el error que se cometa (5).

Agregaremos aún, que cada proyecto sometido a la deliberación de las cámaras puede ser discutido en sus relaciones con los principios generales del derecho, de la economía política y de la razón universal; o relativamente a alguna de las doce clases ya mencionadas; o, en fin, relativamente a los intereses de tal o cual división territorial. Cuando la discusión se establece con respecto a los principios generales de que acabamos de hablar, no hay duda de que es lícito a todos los miembros de cada cámara emitir sus opiniones bajo este punto de vista, cualesquiera que sean las opiniones ya emitidas o que se puedan emitir en esa o en la otra cámara; pero cuando deba discutirse el proyecto con relación a los intereses de una de las doce clases susodichas, lo que la cámara de los comunes decida no deberá ser sometido a la revisión de la Cámara de pares o senadores; éstos deben limitarse a considerarlo

respecto de los principios generales de que hemos hablado, o de los intereses de las divisiones territoriales que representan. Del mismo modo, el proyecto que en esta última cámara haya sido discutido bajo el punto de vista estadístico de los intereses de las grandes divisiones territoriales, no deberá ser discutido bajo este aspecto en la cámara de los comunes, competente solo para examinarlo respecto de los intereses de las doce clases que representa, o bajo el punto de vista de derecho universal de que acabamos de hablar.

Parece que en todos los países constitucionales se ha reconocido esta diversidad de aspectos bajo que debe ser discutido cada proyecto de ley en las dos cámaras; y habiéndole dado el nombre de *independencia*, se ha concluido que si un proyecto es aprobado en la cámara en que ha sido primeramente discutido y rechazado en la otra, deberá por esto solo considerarse como no presentado. Esta es una falsa consecuencia sacada de una equivocación. Las dos cámaras son independientes; porque cada una está autorizada a decidir con independencia de las decisiones de la otra; pero los intereses generales de las divisiones territoriales, representados por la una, no son independientes de los de las doce clases representados por la otra: son idénticos, y, por consiguiente, será muy absurdo establecer en general que la mayoría de una cámara pudiese destruir las decisiones de la otra. Lo que dicta el buen sentido en semejantes casos es añadir la mayoría que aprueba en una a la minoría que aprueba en la otra, y decidirse según la mayoría que resultase de esta suma. Veremos más adelante qué debe hacerse cuando resulte igualdad de votos.

§ 21

También está en uso contar los votos por cabezas, o votos visibles, como se dice en lenguaje de cancillería, sin distinción de clases. Creemos que este método es muy erróneo; en nuestra opinión, se deben contar por clases. Cada diputado debería votar en su clase y la mayoría de cada clase se reputaría por un solo voto, los cuales se llaman *votos curiales*. Así,

los votos de la cámara se reducirían a doce. Nuestra opinión sobre esto se funda en que hay homogeneidad de motivos entre los votos de una misma clase y heterogeneidad entre los de diferentes clases; y es absurdo sumar cantidades heterogéneas.

Todo lo dicho sobre el modo de votar se refiere igualmente a cada una de las cámaras. No es esta la única reforma que hay que hacer en la votación de las cámaras legislativas. Lo que se practica generalmente en esta materia es decidir los asuntos por la pluralidad absoluta de votos de los miembros presentes, pero no se exige para la votación la presencia de un número determinado de miembros de la cámara. Olvido tanto menos perdonable cuanto que casi en todas partes se ha determinado no haya deliberación, sino estando presente a lo menos la mitad de los miembros de la cámara. Por una contradicción bien singular, han limitado casi todos esta disposición a la cámara de diputados, dándose mucha importancia a los pares presentes y muy poca a los ausentes, cualquiera que sea su número.

En fin, por un abuso todavía más chocante, muchos miembros presentes dejan de votar por la sola razón de que está por la opinión contraria una numerosa mayoría, cuya formación no han podido impedir.

Las consecuencias que resultan de estos diferentes abusos no pueden ser más funestas al interés público. No se debe dejar a la voluntad de un mandatario el cumplir o no con todos o algunos de los artículos de su mandato. Si no está presente uno de los diputados, la parte de los intereses públicos que se le ha confiado no está representada al tiempo de la discusión, y si fue necesario nombrarlo, hay contradicción en suponer que se pueda proceder sin su presencia.

Por otra parte, como la discusión no se entabla sino para llegar al fin a votación, no es menos contradictorio que sea necesaria la presencia de todos o de la mayor parte de los miembros para la discusión y que sea suficiente cualquiera fracción para votar y estatuir.

Es faltar al deber de mandatario no alegar sus razones en favor de la opinión que se crea más conforme a los intereses públicos; y apoyar su voto, aunque no sea sino para debilitar el peso que forma la mayoría que no se ha podido impedir.

§ 22

Hemos visto ya que cuando una proposición es aprobada por una de las cámaras y rechazada por la otra, es necesario sumar los votos afirmativos y los negativos de las dos cámaras, a fin de que la cuestión quede decidida por la mayoría que resulte de esta suma.

Pero antes de practicar esta operación aritmética, es menester examinar si la divergencia de opiniones de las dos cámaras proviene de que haya discutido el proyecto cada una bajo el punto de vista de su mandato especial, o si las dos lo han mirado también en sus relaciones con los principios generales del derecho, de economía política y de la razón universal, como hemos notado que es lícito hacerlo a cada uno de los miembros de las dos cámaras.

En el primero de estos dos casos no habrá más que hacer la adición de los votos afirmativos de las dos cámaras, por una parte, y de los negativos por otra. Pero en el segundo caso, como no existe la razón en que se funda la necesidad de la separación de las dos cámaras, puesto que en ambas han de haberse tomado los argumentos en pro o en contra de una misma fuente, la discusión gana en ser renovada en común por la reunión de las dos cámaras, que conviene en semejante caso. Luego que esta discusión en común haya concluido, deben recogerse los votos curiales de las doce provincias por una parte, y los de las doce clases por la otra, y la cuestión quedará resuelta por la mayoría, si la hay; pero si resultase empate o igualdad de votos, es fácil remediarlo, porque si el gobierno es monárquico, el monarca quitará la igualdad adhiriéndose a una de las dos opiniones; y si es republicano, se deliberará acerca del número de suplentes que sea necesario aumentar a cada una de las clases de las dos Cámaras, y la cuestión se discutirá nuevamente con ellos en las cámaras reunidas.

La necesidad de conciliar las opiniones divergentes de las dos cámaras se ha reconocido en algunos países constitucionales, pero en lugar de adoptar la medida tan simple, que acabamos de indicar, de hacerlas deliberar, en común en los casos que hemos supuesto, que es el único medio de conciliar las opiniones, se ha recurrido a una comisión compuesta de un número igual de miembros de las dos cámaras; de suerte que las decisiones tomadas por la mayoría de esta comisión, es decir, por una fracción de otra fracción pequeña del Parlamento nacional, deben ser consideradas como leyes del Estado: disposición contraria a los más sencillos principios de la recta razón.

§ 23

Contribuye a que se rechace la medida de las comisiones mixtas, de lo que acabamos de hablar, el que se tienen a puerta cerrada, cuando en todas partes se ha mirado con justicia la publicidad de los debates de las cámaras legislativas como una de las más seguras garantías de las libertades públicas. Pero en ninguna parte se ha apreciado aún toda la trascendencia de tan importante institución. Todo se ha limitado a admitir al público en las discusiones, y aun se ha permitido a cierto número de personas colocarse de modo que puedan hacer apuntes de los discursos y actos de la sesión. Mas dista esto mucho todavía de ser una publicidad verdaderamente útil y francamente nacional. Ésta no se obtendrá sino cuando se sustituya al falso principio de igualdad una elección justa en la admisión del público. Los que reúnan las calidades que se requieren para ser elector no deben excluirse de la asistencia a los debates de las cámaras; pero los que no tengan estas calidades no pueden ser admitidos sin el doble inconveniente de excluir a los primeros y de hacer más fáciles los tumultos de la barra, que las asambleas más bien arregladas no han podido evitar.

Sin embargo, cualquiera que sea la medida que se tome sobre esto, no habrá más que un simulacro de publicidad, mientras no se informe a toda la nación, por medio de los procesos verbales de todo lo que se haya dicho; y por medio de las actas de todo lo que se haya hecho en cada una de las sesiones de las cámaras.

Mas para que fácilmente pueda instruirse el público de las decisiones y materias que aún están en discusión, o que hayan sido señaladas para ella, es menester añadir el *protocolo* de cada sesión, y es grave falta abandonar el cuidado de recoger los trabajos de las cámaras a particulares, como un ramo de especulación o de industria. Sus producciones no tienen ninguna autenticidad, supuesto que no ofrecen ninguna garantía. Sin impedir a los particulares que hagan sus apuntes, o más bien concediéndoles cuantas comodidades sean posibles, debe confiarse a funcionarios públicos el cuidado de recoger las tres especies de escritos de que acabamos de hablar, y cada día después de la sesión, la secretaría de cada cámara debe proceder a la confrontación de lo que se haya escrito los unos y por los otros, con el fin de que lo que se publique, bajo los auspicios de la autoridad, tenga toda la autenticidad que requieren piezas de tanta importancia.

Quizás se opondrá a esta publicidad la necesidad de ocultar al público lo que llaman *secretos de Estado*. Pero creemos que no hay negocio alguno que deba ocultarse al conocimiento del público (6). Sin embargo, si se presentase alguno, o por mejor decir si hubiese miembro de la cámara que creyese que algún asunto se halla en este caso, la cámara debe nombrar una comisión que oiga sus razones, y si en efecto resultase que conviene al interés nacional guardar secreto por cierto tiempo, que será indicado por la naturaleza misma del asunto, no hay embarazo para que, excluyéndose al público de la sala, la parte del *proceso verbal*, de la acta y del protocolo de la sesión secreta, se escriban separadamente, para publicarse cuando hayan desaparecido los motivos del secreto. Mas la ley debe haber señalado autoridades expresamente encargadas de velar, bajo su propia responsabilidad, sobre que el secreto no traspase el término que se ha fijado y que sea indispensable, para que la publicación de la decisión y de los debates de la cámara pueda hacerse sin inconveniente.

§ 24

No es extraño que insistamos sobre la observancia de esta importante medida constitucional de la publicidad más

ilimitada de los actos de las cámaras, pues la exigimos de todos los actos de los funcionarios públicos, sin excepción, como único medio de impedir que la responsabilidad venga a ser ilusoria.

Los miembros del Parlamento nacional, como todos los demás funcionarios públicos, están sujetos a dos especies de responsabilidad; porque hay faltas por las cuales pueden ser llevados ante las autoridades encargadas de conocer en ellas e infligir la pena decretada por la ley; y hay otras que solo pertenecen al tribunal de la opinión pública. Por lo que respecta a las faltas de la primera especie, puede esperarse que los encargados por la ley de velar sobre la conducta de los empleados, y autorizados por ella para averiguarla, les apliquen la pena que exige la justicia pública. Pero las faltas de la segunda especie no pueden ser apreciadas por el público, que es su juez competente, si los actos del funcionario sobre qué ha de fallar, no están a su vista; porque no puede formarse un juicio imparcial por uno u otro de estos actos en particular, ni aun por cierto número de ellos tomados aparte, sino por la observación constante de su conducta entera.

¿Pero de qué puede hacerse responsable un miembro del Parlamento? ¿No goza de inviolabilidad por las opiniones que emita en el ejercicio de sus funciones? Sin duda goza de ella como los demás ciudadanos en el ejercicio de sus empleos. Pero debe responder, como todos estos, ante los tribunales del atentado que cometiere contra otros, siempre que las personas ofendidas quieran exigir la satisfacción señalada por las leyes. En segundo lugar, es responsable de todo exceso que cometa usurpando los otros poderes políticos, fuera de las atribuciones legislativas o conservadoras pertenecientes a su cámara. En tercer lugar, en fin, el miembro del Parlamento es responsable de toda opinión que perjudique la propiedad real, la libertad individual o la seguridad de todos o de algunos de sus conciudadanos (7).

Pero si el orador no hace más que emitir una opinión, o provocar una medida perjudicial a los derechos primitivos de la sociedad o usurpar las atribuciones de otros poderes, sin

que esta provocación haya emitido un buen resultado, solo es responsable ante el tribunal de la opinión pública.

Si de acuerdo con él una mayoría *oclocrática* o liberticida ha invadido los otros poderes o ha violado en la persona de sus conciudadanos los derechos que debía proteger, no hay entonces solo una simple provocación al crimen, una tentativa, sino que se ha consumado, por todos los que forman esa mayoría, un crimen de lesa nación, una flagrante violación del mandato. Todos ellos deben ser entregados a la autoridad judicial para sufrir el castigo que señale el Código Penal a tales trasgresiones.

Hay todavía un cuarto caso de responsabilidad para los miembros del parlamento, y es cuando en el ejercicio de sus funciones contravienen a los reglamentos de la cámara.

§ 25

Los publicistas en general, y los autores de las constituciones de los diferentes gobiernos representativos, conceden a cada una de las dos cámaras el derecho de conocer de los delitos de la última de las cuatro especies que acabamos de hacer mención, así como la autoridad de aprobar o rechazar como nulos los poderes con que los miembros se presentan habilitados para ocupar su asiento en las cámaras.

Estos autores no van errados mientras solo se trate de la jurisdicción voluntaria, pero desde el momento en que el asunto se hace contencioso, es decir, cuando un miembro condenado u otra persona cualquiera interesada no reconozca la justicia de la decisión de la cámara, es menester que el poder judicial, a quien pertenece exclusivamente en todo país constitucional la jurisdicción contenciosa, se apropie el asunto para decidir entre el querellante y la cámara, que, habiéndose convertido en parte en calidad de defensor, no puede ser ya juez.

§ 26

Los publicistas y legisladores de los que acabamos de hablar han llevado el abuso de que se ocupa el § antecedente, hasta el extremo de convertir la cámara de los pares o

senadores en alta corte de justicia, para juzgar los delitos de cierto número de personajes, que ocupan un rango distinguido en la sociedad. Pero cometen dos graves faltas a un tiempo: la primera reunir en la cámara alta los poderes legislativo y judicial; la segunda crear un tribunal especial. Esta es una imitación de los usos británicos a la que breve hará justicia un estudio algo profundo del sistema constitucional.

§ 27

No hemos considerado hasta aquí el poder legislativo sino en las dos cámaras, que además necesitan el concurso de la Corona en las monarquías representativas, para que sus decisiones vengan a ser leyes del Estado. Y este derecho de la Corona de tomar parte en la formación de las leyes es mirado por todos los publicistas como el distintivo de la monarquía. En lo cual hay dos errores: tomar el efecto por la causa y hacer consistir el carácter de la monarquía constitucional en una violación manifiesta del sistema representativo; porque nada hay más inconstitucional que la reunión de los poderes legislativo y ejecutivo en una sola mano (8).

Es verdad que se ha encontrado en este mismo sistema constitucional el medio de neutralizar hasta cierto punto las consecuencias de esa indisputable violación de principios. Pero no es menos verdad que al admitir el gobierno monárquico en un país constitucional se ha consentido en que se atente contra este sistema cuya violación no se ha podido evitar del todo; luego, esta violación es una consecuencia de esa forma de gobierno. ¿Pero cuál es la causa?, ¿de qué principio nace esta consecuencia? He aquí lo que los publicistas no han dicho. Veremos después que no es difícil descubrirlo.

§ 28

La que más excita la atención en cualquier sistema de gobierno es la naturaleza del poder ejecutivo, cuyo ejercicio se delega por cierto tiempo o de por vida.

La primera de estas dos clases de gobiernos tiene el nombre de *república* y la segunda el de *monarquía*. Cuando en las monarquías o en las repúblicas los llamados a ocupar

los altos destinos deben pertenecer a determinados linajes, la forma de gobierno se llama *aristocracia*. Entendemos aquí por *linajes* aquellas clases cuyos miembros, por el solo hecho de pertenecer a ellas e independientemente de su capacidad individual para el servicio del Estado, son admitidos a ejercer los empleos públicos, o a gozar algunas otras ventajas exclusivamente o con preferencia sobre los demás, aunque estos tengan calidades personales que los hagan más dignos. Cuando la clase privilegiada es la sacerdotal, la aristocracia toma el nombre de *teocracia*. Cuando todos los ciudadanos activos son admitidos a los empleos públicos, sin otra consideración que la de su capacidad, se llama la forma de gobierno *democracia*.

Las monarquías son hereditarias o electivas, según que se sucede en el trono por elección, o que, sin necesidad de elección, la persona designada por la ley entra de pleno derecho en el ejercicio de la soberanía.

La monarquía es también absoluta o constitucional, según que el monarca ejerce en toda su plenitud el poder legislativo, o lo parte con otros representantes de la nación nombrados para el efecto. No se debe confundir la monarquía absoluta con el despotismo, como lo hacen muchos autores. El déspota sigue su voluntad y no la ley: el monarca absoluto es el primero en observarla, mientras cree que debe mantenerla. Sin esto el gobierno degeneraría en despotismo. Si el déspota junta a la arbitrariedad, que lo caracteriza, ataques a los derechos civiles de los particulares, se convertirá en tirano.

Cuando en un gobierno todos los poderes políticos se acumulan en un solo individuo físico o moral, se le da el nombre de olocracia. Esta es la degeneración ordinaria de la democracia.

La olocracia, lo mismo que la tiranía, conduce a la *anarquía*, es decir, a la disolución del *pacto social*.

El pacto social no es otra cosa que el convenio expreso o tácito de los habitantes de un país con el objeto de asegurar recíprocamente el goce de los derechos naturales de

propiedad real, libertad individual y seguridad personal, contra todo lo que las fuerzas de la naturaleza o la maldad de los hombres pudiera oponerles, lo cual no podrían conseguir los particulares reducidos a sus propias fuerzas.

El pacto social es, pues, un hecho atestiguado con la existencia de todas las sociedades, y solo por una definición imperfecta algunos autores ansiosos de la originalidad han podido tratarlo de quimérico, fundándose en la imposibilidad física de un convenio *expreso* entre todos los habitantes de un país, por limitado que se le quiera suponer. Estos autores habrían debido reflexionar que para que haya convenio no es necesario que el consentimiento sea expreso, lo que es con frecuencia imposible, sino que basta el tácito; y ciertamente no puede dudarse que este es el caso de los habitantes de un país, que viven bajo las mismas leyes y obedecen al mismo gobierno (9).

Otro error que conviene evitar es el de aquellos publicistas que consideran el pacto social como un contrato entre el monarca y los súbditos; idea falsa que nos conduciría a un absurdo, puesto que de allí se seguiría que no había pacto social en la república. Debe, pues, considerarse como uno de los usos incompatibles con el sistema constitucional el de obligar a los miembros de las cámaras legislativas y a los del poder judicial a prestar el juramento de *fidelidad al rey*, después de haber prometido *obediencia a la ley*; y el otro abuso recibido en algunos países *de administrar justicia en nombre del rey*.

El rey no es sino un presidente vitalicio; y, por consiguiente, no hay más que considerar la cuestión en un país republicano, para advertir cuán contradictorio es que los agentes de los dos poderes legislativo y judicial, independientes por su naturaleza, prometan obedecer, en calidad de agentes de estos mismos poderes, al jefe del poder ejecutivo.

§ 29

Acabamos de observar que el monarca no es sino con presidente vitalicio: definición que nunca debe perderse de vista, so pena de confundir el sistema constitucional con las

más absurdas pretensiones del absolutismo. Pero se dirá quizá: ¿qué ha podido mover a un pueblo a establecer un presidente vitalicio más bien que a conservar el derecho de averiguar en ciertas épocas, como lo hace con los diputados, si es conforme al interés general renovarle o retirarle el mandato, que por su naturaleza es siempre revocable?

Los publicistas suponen gratuitamente que los pueblos han tenido sobre esto libre elección, y procuran explicar la que han hecho por las ventajas que presenta el gobierno monárquico, comparado con las diferentes especies de gobiernos republicanos que nos son conocidos.

Nosotros participamos de su opinión, en cuanto a la superioridad del gobierno *monárquico* donde quiera que sea posible establecerlo; pero lo que no podemos admitir es el hecho de que, contra la razón y la historia, toman estos autores como base de sus razonamientos, a saber: que haya sido libre un pueblo para elegir un gobierno monárquico o republicano. Lo que se ha visto siempre, y lo que ha debido verse, es que el gobierno nuevo ha sido aristocrático o democrático, y, por consiguiente, monárquico o republicano, según que las costumbres, los usos y los elementos de la nación, al tiempo de su nueva organización, eran aristocráticos o democráticos. Observemos de paso que los gobiernos *mitares*, esencialmente aristocráticos, han conducido siempre a la monarquía.

Pero aunque el establecimiento de los gobiernos monárquicos no ha sido jamás efecto de elección, se ha podido sí deliberar sobre la forma especial de la monarquía, más o menos absoluta, más o menos constitucional que se ha ido a organizar. Se han podido apreciar las ventajas de la inmutabilidad del jefe del poder con respecto a la conservación de la tranquilidad pública, que siempre se compromete por la ambición de los pretendientes a la presidencia, en los gobiernos republicanos y en las monarquías electivas. Se ha podido calcular también cuánto gana la marcha de los negocios públicos con no alterarse a cada renovación de presidente.

La razón y la experiencia de acuerdo, nos han manifestado que se debe esperar más uniformidad y más sistema bajo un gobierno destinado a durar por un tiempo indefinido, que bajo el que no dura más que un corto tiempo. Pero, repito, estas no son más que observaciones hechas en favor del gobierno monárquico: no puede decirse que sean la razón porque se ha adoptado esta especie de gobierno más bien que el republicano, en los pueblos donde la historia nos enseña que se ha dado la preferencia a las formas monárquicas.

§ 30

Después de haber fijado como principio fundamental y carácter distintivo de la monarquía la *perpetuidad del jefe del poder ejecutivo*, vamos a ver cuáles son las consecuencias inmediatas que se derivan de este principio.

La primera y más importante es la *inviolabilidad del monarca por lo que pueda hacer en el ejercicio de sus funciones*. Esto quiere decir que no podrá ser llamado a responder ante los tribunales, como los otros funcionarios públicos, con motivo del cargo que le ha sido delegado por la Constitución del Estado. La razón es que sujeto, como todos los hombres, a errar, se vería a cada paso expuesto a ser destituido; porque resultando culpable debía sufrir la destitución, conforme a las disposiciones penales señaladas por la ley. Exponer la presidencia del Estado a esta perpetua contingencia, equivaldría a destruir el principio de la *perpetuidad monárquica*.

Pero como la inviolabilidad del monarca, es decir, la irresponsabilidad ante los tribunales no se extiende sino a los actos que practique en el ejercicio de sus funciones, se puede preguntar ¿cómo se distinguirán estos actos? Nada hay más fácil; *porque todos los actos del rey se reducen a decretos firmados por él, y autorizados por uno o muchos de los ministros de Estado*, consejeros de la Corona nombrados a este efecto, y que bajo esta doble calidad son responsables del contenido de esos decretos.

§ 31

La segunda consecuencia es que debe ser admitido a participar del ejercicio del poder legislativo con la prerrogativa del veto absoluto, como el Parlamento nacional; porque, colocado en la necesidad de hacer ejecutar una ley que su conciencia reprobese como contraria a los intereses del Estado, no le quedaría otro recurso que abdicar la Corona: contingencia tan incompatible con la perpetuidad de la monarquía, como la responsabilidad de que acabamos de hablar.

§ 32

El epíteto de absoluto unido al *veto real*, ha parecido a muchos hombres de talento que presenta una patente contradicción con la naturaleza del gobierno constitucional; de donde unos han concluido que el monarca no debe tener la prerrogativa del veto, y otros han pensado conciliarlo todo no concediéndole sino un *veto suspensivo*.

Los dos partidos se han desviado de la razón: los primeros, porque sin el *veto* la presidencia no puede ser perpetua, o, lo que viene a ser lo mismo, no hay monarquía sino república.

Los que no admiten más que el veto suspensivo no destruyen menos el *principio monárquico*, puesto que la suspensión no cambia en nada el peligro de la abdicación que conduce a la contingencia, incompatible con la perpetuidad, como lo acabamos de notar en el párrafo precedente.

Lo que ha dado lugar a la oposición de estos dos partidos contra la prerrogativa del veto es la ambigüedad de la palabra *absoluto*, que para unos es sinónimo de *arbitrario* y para otros de *ilimitado*. En el primer sentido no hay duda de que es incompatible con el sistema constitucional; pero desde el momento en que, concediéndose el veto a la Corona, se manda que el acto por el cual el príncipe pronuncia el veto, deba ser necesariamente autorizado por un ministro responsable. Como lo hemos dicho (§ 30), la ley constitucional puede y debe exigir que éste exponga los motivos por qué ha aconsejado al monarca que niegue su asentimiento a la ley propuesta por el Parlamento nacional. Además, esta decisión no debe

haber sido tomada, conforme a la Constitución del país, sin que haya precedido una deliberación del consejo de Estado. Nada, por consiguiente, menos arbitrario que el veto revestido de todas estas circunstancias, que son exactamente las garantías mediante las cuales todos los otros actos emanados de la Corona dejan de ser arbitrarios.

§ 33

Una vez reconocido, en la Corona el derecho de concurrir en calidad de tercera porción del poder legislativo, con las dos cámaras a la formación de las leyes, debe determinarse, como lo hemos hecho con las otras dos porciones, en qué consiste la especialidad de su mandato.

Si se reflexiona lo que hemos dicho (§ 15) sobre las diferentes especies de intereses que pueden servir de base a la especialidad de los mandatos, que no sería conveniente confiar a un solo encargado del poder, se concluirá fácilmente que estando las dos primeras especies confiadas a las dos cámaras del parlamento nacional, las otras dos constituyen reunidas la parte de la Corona, que, colocada además en la cima de la pirámide social, puede, mejor que cualquiera de las dos cámaras, comparar los grandes resultados, a fin de descubrir los medios de mantener el equilibrio de todos los poderes políticos del Estado, y hacer respetar la independencia nacional afuera (10).

§ 34

Así, el monarca como tercera porción del poder legislativo está a la verdad revestido de un mandato especial diferente de las otras dos porciones; pero de esta especialidad de mandato no se podrá concluir que le resulte la menor prerrogativa que no sea común con las dos cámaras. Siendo porciones de un mismo poder, sería contradictorio conceder a la una prerrogativa que se negase a las otras: admitir el privilegio en un sistema incompatible con todo privilegio. No tienen razón, pues, los escritores que consideran el derecho de *iniciativa* como propio exclusivamente de la Corona, error que nace en unos de la idea confusa o inexacta que tienen de esta

prerrogativa; y en otros, de ese terror pánico, que hemos ya señalado como la fuente deplorable de toda medida de *policía preventiva*.

Para responder a los primeros, definiremos la palabra «iniciativa». Es permitido a todos dirigir a cualquiera de las tres porciones del poder legislativo proposiciones que miren al interés público. Haciendo uso de este derecho, el Parlamento actual de Francia dirige al rey proposiciones que le suplica se sirva tener en consideración. El parlamento británico practica otro tanto con el rey de Inglaterra. Pero le es permitido a cualquiera de estos dos monarcas tomar efectivamente en consideración la proposición que le ha sido dirigida, o guardar sobre ella el silencio más absoluto. El parlamento francés no posee sino el derecho de petición, común a todos los ciudadanos. El ministerio inglés, por el contrario, incurre en la más grande responsabilidad si no responde a la indicación del parlamento comunicándole el asentimiento o la repulsa del rey. Para designar esta diferencia entre los dos parlamentos, se dice que el parlamento británico goza tanto como la Corona de la prerrogativa de la iniciativa; pero que en Francia no pertenece sino al rey; porque las cámaras no pueden dejar de deliberar sobre las proposiciones que se les dirijan de parte del rey, sea que las acepten con alteración o sin ella; sea que les nieguen absolutamente su asentimiento.

El temor poco fundado, que hemos dicho ha movido a algunos publicistas a adoptar la misma opinión, proviene de que han imaginado que no sería posible poner límites a la tendencia irresistible de las cámaras a presentar cada día nuevas proposiciones, frecuentemente inútiles, y siempre acompañadas del gran inconveniente de producir una legislación inmensa e incierta.

No se podrá negar que este temor tiene algún fundamento; pero todo lo que se debía concluir de allí es que debemos buscar los medios de desechar, cuando se presenten, estas proposiciones ociosas, y en lugar de abandonar al acaso el orden en que deben tratarse las materias, convendría que la ley estableciese principios invariables, según los cuales los

objetos dignos de ser discutidos lo fuesen conforme con su mérito respectivo. Confesamos que, aunque no sea más racional, es más fácil cortar la cuestión despojando a las Cámaras de la iniciativa.

Si en los intervalos de las sesiones del parlamento cada ciudadano, miembro o no de él, que tuviese que presentar algunas proposiciones, las dirigiese al gobierno, y este estuviese obligado a hacerlas examinar y clasificar para presentarlas al parlamento desde la primera sesión, reunidas con los proyectos de ley y otras proposiciones que él mismo tuviera que someter a su decisión, el parlamento podría decidir cuál de estas proposiciones merecería la preferencia y señalar, por consiguiente, cuál debía ser el objeto del trabajo de la sesión; sin perjuicio de admitir extraordinariamente aquellas que viniesen después y mereciesen ser tomadas en consideración; pero el número de éstas no puede ser jamás muy considerable.

Así como reprobamos el privilegio de la iniciativa concedido en general a la Corona por la Constitución francesa, nos es imposible aprobar el que en algunos países constitucionales se ha concedido a la cámara de los comunes sobre el presupuesto. Este es un plan de estratagema y de privilegio, también contrario al sistema constitucional, que no conoce más que la ley común, y a la dignidad tanto de las cámaras como de la Corona, que el legislador debe encerrar en los límites de sus deberes por instituciones fuertes y honrosas, y no por medios propios de una política mezquina y rastrera.

Menos grave, pero no menos erróneo, es, en nuestra opinión, el privilegio de *incoativa*, que han concedido a la cámara de los comunes, en algunos países donde se ordena que ciertos asuntos no puedan comenzar a ser discutidos sino en esta cámara. Es verdad que, si por su naturaleza tienen más relación con las atribuciones de esta cámara, a ella debe pertenecer comenzar la discusión. Pero, por una parte, las materias en que las constituciones conceden la *incoativa* a la cámara de los comunes, debían prepararse más bien en los consejos de gobierno, a fin de que llegasen suficientemente

esclarecidas a la cámara, que, después del gobierno, tenga más relación con el fondo de la cuestión. Por otra parte, se advierte que no se trata aquí de un privilegio, sino más bien de una determinación de orden; y, por consiguiente, lo que hay que prescribir es que la discusión comience en aquella porción del poder legislativo cuyas atribuciones tengan más relación con la cuestión que se trata de someter a la deliberación común.

ARTÍCULO III

Del Poder Ejecutivo

§ 35

Algunos publicistas han querido sostener que el poder administrativo es un poder político diferente del ejecutivo, porque no han reflexionado que solo deben separarse aquellos que por su independencia no puedan ser ejercidos en su plenitud por un solo individuo físico o moral. Y lejos de pretender que los poderes ejecutivo y administrativo sean ejercidos por agentes recíprocamente dependientes, todos están de acuerdo en que estos no deben formar más que una jerarquía en el Estado. Cuando se trata de designar en general el poder que tiene el gobierno de ejecutar y hacer ejecutar las leyes, se usa también del epíteto más general y se llama *poder ejecutivo*. Cuando se quieren señalar con más particularidad las atribuciones que tienen por objeto preparar los medios para la ejecución, se le llama poder *administrativo*. Pero tanto en el uno como en el otro caso, las funciones del gobierno deben quedar dentro de los límites que según lo que hemos dicho (§ 11) separan la ley del decreto (11).

Así, el más sagrado de los deberes del ciudadano, después de la obediencia a las órdenes de la autoridad que sean conformes a las leyes del Estado, es la resistencia a aquellas que le sean opuestas, o porque mandan lo que ellas prohíben o al contrario.

Pero la resistencia de que hablamos ha de guardar el orden siguiente: 1.º desobediencia al mandato; 2.º denuncia de la conducta ilegal de los encargados del poder, ante las autoridades que deben velar sobre la observancia de las leyes; y petición del auxilio de la fuerza pública destinada a proteger a los ciudadanos contra toda agresión injusta; 3.º en fin, si esta fuerza no viniese a nuestro socorro, el pacto social habrá sido roto por la autoridad misma que estaba obligada a asegurarnos su observancia; y desde entonces será menester rechazar la fuerza con la fuerza. Tal es el curso de la resistencia legal del ciudadano contra los abusos del poder y de la legítima insurrección de los pueblos contra el despotismo de los tiranos (12).

§ 36

Las falsas nociones que los publicistas, y que, por las doctrinas de éstos, se han formado los pueblos de la soberanía, han contribuido mucho a confundir la idea de las relaciones de autoridad y obediencia que existen entre los soberanos y los súbditos, los monarcas y los pueblos. Unos han dicho que soberano era el que reunía en sí todos los poderes políticos, sin reflexionar que en tal caso no habría más soberanos que los monarcas absolutos; conclusión absurda, puesto que el sentido de las palabras que forman las lenguas es aquel en que todos las emplean.

Advirtiendo este error, otros publicistas han pretendido que el soberano es aquel en quien reside el poder legislativo. Según esta definición, el Parlamento de Estados Unidos de la América septentrional, compuesto de dos cámaras legislativas, sería el soberano de la Unión: conclusión tan absurda como la precedente.

En fin, otros publicistas han creído cortar toda disputa diciendo que el verdadero soberano es aquel de donde se derivan todos los poderes políticos del Estado, esto es, la nación, de quien son mandatarios todos los funcionarios públicos.

Estos publicistas han olvidado, sin duda, que el verdadero sentido de las palabras es, como hemos dicho, aquel que en iguales circunstancias les dan todos.

Pero remontándonos al origen de su error, encontraremos que proviene de que han creído que ser *soberano* es lo mismo que ser origen de la soberanía, y porque la nación es el verdadero *origen* de toda soberanía, han concluido falsamente que es el verdadero *soberano* (13).

Lo que refuta estos tres diferentes errores a un tiempo es que la palabra «soberanía» significa ciertas atribuciones, que está autorizado a ejercer el que se llama soberano; más las atribuciones que los monarcas ejercen pertenecen al poder ejecutivo o al poder legislativo, y puesto que por estas últimas se distinguen de los presidentes de las repúblicas, a los cuales no se puede dar el título de soberanos, se sigue que este título está reservado a significar la reunión de los dos poderes, sea que el monarca los ejerza ambos en su entera plenitud, y entonces será monarca absoluto, sea que ejerza el poder legislativo en unión de otros representantes nombrados por la nación para este efecto, lo que distingue las monarquías representativas o constitucionales.

Y como no puede ser llamado soberano sino aquel que se halle en estado de ejercer las funciones de la soberanía, es evidente que el pueblo, capaz de ser origen de la soberanía, no podrá ser el soberano, pues no puede ejercer acto alguno de soberanía.

Para ser origen de la soberanía, y para que sea legítima la que ejerce el monarca, basta que el pueblo manifieste por su obediencia el consentimiento tácito, que es tan válido como el expreso, según lo hemos notado (§ 28). Mas para que el pueblo fuese soberano sería menester que pudiese discutir y establecer las leyes, deliberar sobre el modo de ejecutarlas y dar, en consecuencia, las órdenes en que se hubiese convenido.

Por poco numerosa que se suponga una nación, es moral y físicamente imposible que todos los individuos y ni aun los ciudadanos activos de que se componga ejerzan algunas de las funciones que acabamos de mencionar. Las asambleas y los comicios de las antiguas repúblicas griegas y romanas,

que se nos citan como ejemplos de un pueblo soberano, no eran la nación, como no lo son nuestras asambleas legislativas. Estas son como aquellas representantes de la nación, en número más o menos considerable, pero no son la nación.

Si la nación no es el soberano –replican nuestros publicistas– será súbdito, y, por consiguiente, deberá necesariamente obedecer al soberano; siendo así que, por ser origen de la soberanía, tiene derecho de revocar el poder que ha delegado. De donde se seguiría que debía obedecer y podía dejar de obedecer; que era súbdito y no lo era, o lo que es lo mismo, que era a un mismo tiempo súbdito y soberano.

Para responder a esta objeción, diremos, comenzando por la última frase, que la nación es súbdito mientras es de su agrado que el monarca continúe en la soberanía; y que no es menos soberano por hacer continuar al monarca en la soberanía, que por habérsela confiado.

Puede, sin duda, revocar el mandato que le ha concedido; pero mientras no lo haga, está obligada a cumplir lo que el mandatario hubiese ordenado conforme a sus poderes.

§ 37

Esto nos conduce a determinar qué se entiende por legitimidad, cuando se trata de un soberano, o lo que es lo mismo, ¿qué se entiende por soberano legítimo? No hay cosa más sencilla: el soberano según la ley del país.

Solo hay dos modos de ascender al trono conforme a la voluntad de la nación: por derecho de aclamación, o por derecho de sucesión. Por aclamación, ya el ejército, ya las asambleas de notables han elevado al trono a las diversas dinastías, de que la historia de cada nación cuenta un número más o menos considerable. Los príncipes de cada una de estas dinastías han sucedido en la Corona de sus ascendientes por derecho de nacimiento, fundado en la Constitución del Estado. Han sido, pues, soberanos legítimos: porque lo han sido según la ley del país, que, como consecuencia de la aclamación de la dinastía, ha arreglado la sucesión.

Habiéndose hecho la *aclamación ley del Estado*, como todas las demás leyes, por el consentimiento de la nación, el que ella había hecho soberano se ha convertido en soberano legítimo, pues que es soberano según la ley del país.

Hay, sin embargo, entre estos dos modos de ascender legítimamente al trono la diferencia de que la *ley de sucesión* está subordinada a la ley de aclamación, de la cual es consecuencia; de suerte que revocada una vez ésta, por ese solo hecho la otra se hace nula y como si no hubiese existido. Sin anular la primera, la segunda puede ser directamente revocada, lo mismo que cualquier ley. De estas diferentes consideraciones se sigue, que mientras subsista la ley de aclamación, el que asciende al trono por ella debe ser considerado *soberano legítimo*.

Del mismo modo, mientras ni esta ley, ni la de la sucesión, que es su consecuencia, hayan sido revocadas, él señalado por la segunda de estas dos leyes como sucesor a la Corona es también en este caso el soberano legítimo. La revocación de estas leyes puede hacerse directamente, cuando el legislador las declare nulas y como no establecidas, o indirectamente, cuando por una nueva *ley de aclamación* otro soberano es ascendido al trono, lo que conduce a una nueva *ley de sucesión* por las razones que ya hemos expuesto.

Pero mientras no se revoque la primera ley, de alguno de los modos arriba indicados, subsiste; y, por consiguiente, será soberano legítimo el que se halle colocado en el trono conforme a esta ley, o pretenda ascender a él según ella.

Hay casos en que se duda si la *nueva aclamación* llegará a tener fuerza de ley, es decir, alcanzará el asentimiento de la nación. Mas como aquí no se trata sino de comprobar un hecho, la cuestión no puede quedar indecisa por largo tiempo. ¿Se obedece generalmente al jefe de la nueva dinastía? No puede negarse en tal caso el derecho que resulta de la aclamación. ¿Hay al contrario, en una parte de la nación, una resistencia tal que no nos permita decir que casi la totalidad de la nación consiente en obedecer al nuevo soberano? o más

bien, ¿no hay resistencia a mano armada, pero el monarca emplea la fuerza para ser obedecido por aquellos que, de lo contrario, mostrarían repugnancia a su dominación? Si existe alguna de estas manifestaciones de lucha entre el que manda y los pueblos, la aclamación, aunque se haya hecho según todas las formalidades acostumbradas, no será más que un proyecto de ley, hasta que, cesando el empleo de la fuerza, el asentimiento general le imprima el carácter de verdadera ley. Hasta entonces, ni el nuevo monarca tendrá ningún derecho a la soberanía, ni el antiguo habrá dejado de ser soberano legítimo del país; porque mientras que la ley antigua no se revoque por una ley nueva, todo lo que es conforme a sus disposiciones es legítimo (14).

Los principios que acabamos de indicar se consideran como dogmas constitucionales entre los publicistas ingleses; pero en el continente se disputa a los parlamentos nacionales el derecho de revocar tanto la ley de aclamación como la de sucesión. La razón de esto es que Inglaterra no opone otros límites al poder legislativo del parlamento que los del poder de la nación a quien representa, mientras en el continente se ha imaginado que pertenece a los electores fijar los límites a los poderes de los diputados elegidos por ellos.

Sin embargo, no será difícil manifestar que esta falta proviene de no haber reflexionado sobre las verdaderas atribuciones de los *electores*, mejor apreciadas en Inglaterra que en el continente; y que por esto se ha caído en el error de que acabamos de hablar. La mayor parte de los electores carecen de capacidad para ser diputados, y aun los que podrían esperar serlo están declarados inferiores a los elegidos por el solo hecho de esta preferencia. Es, pues, contrario a la recta razón pretender que sean estos mismos electores los que den las instrucciones a los diputados elegidos por ellos; y más irracional aún que sean ellos mismos los que les prescriban límites, reservándose ampliarlos, si el caso lo exigiere, o retirarles su mandato para conferirlo a otros más hábiles, cuando la importancia de los negocios exija talentos superiores a los suyos (15).

Todo lo que se puede exigir de un elector es que dé su voto a las personas que le hayan inspirado mayor confianza. Es, pues, contradictorio suponer que, interesado en hacer la mejor elección posible, haga la menos buena, reservándose proporcionarla a la importancia de los asuntos, si se presentasen más graves; porque menos pueden los electores valorar el grado de importancia de los asuntos que el diputado. Los electores pueden conceder o revocar los poderes, pero no aumentarlos ni restringirlos.

§ 38

La sucesión al trono que, a falta de una expresión más adecuada, se ha denominado hereditaria, pasa regularmente de padres a hijos, siguiendo el orden de la primogenitura, a fin de evitar mejor los males que la ambición y los partidos pudieran atraer al país en cada interregno, si se dejase alguna incertidumbre sobre esto.

Pero el punto, sobre el que ni los legisladores ni los publicistas se han puesto de acuerdo hasta el presente, es el de la admisión o exclusión de las mujeres a la sucesión. Para proceder con orden en la exposición de esta cuestión, distinguiremos las monarquías constitucionales de las absolutas; porque los argumentos de los defensores de la *ley sálica*, que ordena la exclusión, pierden mucho su fuerza en las monarquías representativas. En éstas todo el poder viene de la ley: no hay arbitrariedad. La responsabilidad de los ministros, por una parte, y, por otra, el nombramiento para los empleos, según reglas fijas e invariables, son otros tantos obstáculos para la introducción de los abusos, que se han temido en los gobiernos de las mujeres.

Los argumentos de los defensores de la ley sálica se fundan en la teoría del corazón humano, y los de sus adversarios en los hechos de la historia. Con las costumbres que deben tener las mujeres en un Estado civilizado, dicen los primeros, es imposible que posean el conocimiento de las personas aptas para los empleos y de las que merezcan su confianza. Dotadas de una sensibilidad más profunda y más exclusiva que

los hombres, dependerían de aquel o de aquellos que fuesen el objeto de su predilección.

Los publicistas de los países donde las mujeres son admitidas al trono, oponen a esto un hecho atestiguado por la historia de estos países, a saber: que, a proporción, ha habido mayor número de buenas reinas que de buenos reyes. Sin disputar sobre el hecho, los adversarios tratan de explicarlo por los vicios de las constituciones despóticas o aristocráticas de los países de donde se han citado los ejemplos y, en particular, de Rusia e Inglaterra; porque dicen que en estas especies de gobierno la blandura y la debilidad del carácter femenino no pueden menos que debilitar la tendencia de los gobiernos al despotismo o a la oligarquía. Pero si en un sistema representativo, añaden, no hay energía ni fuerza en el centro del gobierno, la lucha de los partidos acabará pronto por relajar todos los resortes de la máquina social. Y ¿cómo, dicen por fin, podría ser un gobierno constitucional, esto es, incompatible con todo privilegio, si estuviera basado sobre el exorbitante privilegio de conceder a una mujer, solo porque desciende del último rey, los derechos políticos más importantes; siendo así que la ley común no concede a las mujeres el ejercicio completo ni de los derechos civiles? (16)

Pasemos a otra cuestión bastante indeterminada: la de la minoridad del soberano. En todas partes se han experimentado los graves inconvenientes de esta minoridad, y, por consiguiente, en todas partes han tratado de abreviarla, haciéndola cesar a una edad bastante menor que la ley común ha fijado en cada país, para que los ciudadanos puedan ejercer los derechos civiles. Si se tratase aquí de los gobiernos absolutos, quizá, entre tantos otros privilegios, comprenderíamos la necesidad de admitir este, como justificado por el desorden que la naturaleza misma de este gobierno no permite remediar de otra manera; pero en las monarquías constitucionales, que son las únicas de que nos ocupamos, no se podrá citar ningún peligro inherente a la administración de una regencia, que no se pueda evitar de otro modo que atentando contra

la ley común, declarando capaces de los altos deberes de la dignidad real a todos los hijos del rey, en una edad en que la experiencia de todos los siglos ha probado que la generalidad de los hombres, son incapaces de administrar los más simples intereses de la vida privada.

Así, nada en un sistema constitucional puede obligar al legislador a abreviar la duración de la regencia. Pero puede preguntarse: ¿el regente debe gozar de la perpetuidad que constituye, como hemos dicho ya, el carácter distintivo de la monarquía?: es decir, ¿la persona que, según la ley, entre a desempeñar la regencia, deberá permanecer hasta la mayoría del monarca?

Todas las razones que se aleguen en favor de la permanencia del monarca pueden emplearse en favor de la inmutabilidad del regente. De donde sigue que durante la regencia deben concedérsele, lo mismo que al monarca, la inviolabilidad y el veto. Los publicistas en general están de acuerdo con nuestra opinión, tanto respecto de la permanencia cuanto de la inviolabilidad; pero por lo que hace al *veto*, o se lo rehúsan, o callan sobre el particular. Y es porque no se han hecho cargo de que una y otra de estas dos prerrogativas no son sino consecuencias del principio de perpetuidad, como creemos haberlo demostrado.

Las leyes de los diferentes países varían mucho sobre las personas que, en caso de minoridad u otro impedimento del monarca, deban desempeñar la regencia. Ya es la reina viuda, y esto en países donde la *ley sálica* excluye a las mujeres de la sucesión, lo que presenta una contradicción evidente: ya es el pariente más cercano del monarca. Pero en ninguna parte se ha pensado en los medios de comprobar esta calidad, de modo que se eviten las dificultades que pueden nacer de las dudas que se susciten sobre ella. El pariente puede ser un príncipe extranjero, y casi en todas partes los extranjeros, aun naturalizados, están excluidos del ejercicio de todos o de los más importantes derechos políticos. Es indispensable, pues, cuando menos, poner la ley de la sucesión de acuerdo con la ley común, o ésta con aquélla.

Cuando el príncipe extranjero es ya soberano de otra nación, y se trata no de elegir entre las dos Coronas, sino de reunir las, es menester saber si la reunión de las dos naciones en una no es imposible; ya por la distancia que las separa, ya por la incompatibilidad de intereses, costumbres, hábitos, religión, y quizá aun de idiomas. En una palabra, es menester que ellas lo quieran y que al mismo tiempo que convengan en establecer el hecho de la sucesión, se convenga en los medios de realizar la unión de los dos pueblos en una sola nación; porque jamás podrá establecerse el sistema constitucional en un país cuyo monarca resida en país extranjero, aun cuando se conviniera en una alternativa de mansión o en la intervención de una regencia en los intervalos, como se ha practicado frecuentemente. Todos estos medios pueden convenir en el sistema de un gobierno absoluto, donde todo es arbitrario, donde la voluntad del señor en cualquiera parte que se encuentre es la ley del país, donde el empleado público, en fin, no es responsable de su conducta sino el monarca.

Pero en una monarquía representativa es menester que el monarca y sus ministros estén no solamente en el país, sino a la mayor inmediación posible del Parlamento nacional, que es inseparable de ellos, y de la nación, cuyas libertades no estarían garantizadas, si los primeros agentes del poder, residiendo en país extranjero, y protegidos por el príncipe mismo que ha adoptado sus opiniones, pudiesen eludir la responsabilidad a que los sujeta la ley.

§ 39

Para evitar los numerosos inconvenientes de las monarquías hereditarias, se han establecido las electivas. Muchos se han dedicado a perfeccionar su teoría: pero ellas tienen también grandes desventajas; y tantas, que casi en todas partes se han preferido las monarquías hereditarias con todos sus defectos.

Los inconvenientes más notables del sistema electivo consisten en que, en cada interregno, el país se abandona a la lucha de los partidos, producida por la ambición y por la

intriga. Algunos autores han pensado que en lugar de esperar hasta la muerte del monarca para la elección del sucesor, convendría hacerla durante su vida; porque, con un gobierno vigoroso existente, no hay peligro para la libertad ni para la tranquilidad del Estado, así como no lo hay en las demás elecciones.

Algunos de estos autores quieren que la elección del sucesor a la Corona y la de todos los empleados públicos se renueve todos los años, con el objeto de que, dependiendo siempre del juicio del tribunal de la opinión pública, se esfuercen más a merecerla, para no perder la confianza nacional, a la cual, según el sistema general de las elecciones, deben su primera elevación. Cualquiera que sea el mérito relativo de tal o cual forma de elecciones, todas pueden conciliarse con el sistema representativo, mientras que no se admitan linajes privilegiados para los electores o elegibles.

Se puede decir lo mismo respecto del mérito de las dos especies de monarquías, hereditaria y electiva. Puede ponerse en cuestión cuál es más ventajosa, pero no cuál es más conforme al sistema constitucional (17).

§ 40

Después de todo lo que hemos dicho en el artículo precedente sobre los límites que separan el poder ejecutivo de los otros poderes políticos, y principalmente del poder legislativo cuyo dominio se le ha visto con frecuencia invadir, creemos que no puede haber divergencia de opiniones sobre las atribuciones del monarca, considerado jefe de aquel poder.

Sin embargo, por la manera inexacta con que han definido y expuesto estas atribuciones los legisladores y publicistas, ha resultado una multitud de cuestiones, que no podemos separar del campo de la ciencia, sino tratando de determinar mejor el sentido de las expresiones, más o menos equívocas, de que estos autores se han servido.

- **PRIMERA ATRIBUCIÓN.** *Hacer los reglamentos y decretos necesarios para la ejecución de las leyes.*

A decir verdad, esta atribución, que comprende todas las otras, no necesitaría de explicación si los aduladores del poder no hubiesen pervertido su sentido, olvidando que los reglamentos y los decretos destinados a la ejecución de las leyes deben, ante todo, ser conformes a ellas; y que esto no se observa cuando se imponen deberes que la ley no ha impuesto, o se conceden derechos o goces que la ley no ha concedido. Ya lo hemos dicho, y nunca se inculcará demasiado, el decreto o reglamento no puede prohibir sino lo que las leyes prohíben, ni mandar sino lo que ellas mandan.

■ **SEGUNDA ATRIBUCIÓN.** *Nombrar a todos los empleados de la administración pública.*

En un país constitucional no se debe permitir que el monarca, jefe del poder ejecutivo, nombre los agentes de ninguno de los otros poderes políticos, so pena de atentar contra la independencia de éstos. Así sucede, sin embargo, en aquellos países que se llaman constitucionales donde se permite a la Corona nombrar a los miembros de la alta cámara, los jueces y otros miembros del *poder judicial*; y aun de un modo más o menos directos, los electores; pero estas son otras tantas inconsecuencias en el sistema.

Los únicos nombramientos que deben pertenecer al monarca son los de los empleados del poder ejecutivo. Pero aun respecto de estos solo debe concedérsele la facultad de nombrar a los más eminentes y próximos a la Corona; porque el nombramiento supone en el que nombra un perfecto conocimiento de los requisitos para desempeñar bien el empleo, y además una efectiva elección entre los candidatos que aspiran a ser colocados; de donde se sigue que mientras más distante esté el empleo del trono, tanto menos conviene que lo provea el monarca.

Lo que hay de real en semejantes casos es que el monarca manifiesta que no tiene razón para desaprobar la elección hecha por su ministro, cuando el empleo de que se trata está en la esfera de los conocimientos de éste. Si es de un orden inferior, el ministro no puede rehusar su consentimiento a la elección hecha por el jefe intermedio entre él y el promovido.

A más de este asentimiento, el rey, lo mismo que su ministro y generalmente todos los jefes de la administración, tienen el derecho, o más bien el deber, de vigilar la conducta de sus subalternos de todos los órdenes; y, por consiguiente, el de revocar o suspender, conforme a las leyes y reglamentos, el nombramiento de aquellos que no cumplan exactamente sus deberes.

Pero vigilar a los empleados, suspenderlos y destituirlos no es nombrarlos. Ni convendría que el monarca y su ministro se arrogasen el derecho de nombrar efectivamente para empleos tan distantes de su alta posición, que no les fuese posible tener el conocimiento necesario sobre las calidades que exigen. Y no es menor inconveniente que los jefes intermedios se encuentren libres de una parte de su responsabilidad por este solo hecho: porque ¿cómo se les imputarían las faltas que sus subalternos cometiesen por incapacidad, no teniendo ellos parte en su nombramiento?

■ **TERCERA ATRIBUCIÓN.** *Mandar las fuerzas de mar y tierra.*

El monarca puede *mandar* la fuerza pública por medio de órdenes que dirija por el órgano de sus ministros de Estado, o por las que dé inmediatamente puesto a la cabeza del ejército.

Tomada en el primero de estos dos sentidos, la atribución que acabamos de mencionar en nada se opone a los principios del sistema constitucional. Pero en el segundo, los contraría manifiestamente. No por el peligro que habría de que el monarca volviese el ejército contra las libertades públicas, porque los que se han servido de él para sojuzgar su patria no han tenido ordinariamente su mando. La verdadera razón de la incompatibilidad, que encontramos en que el ejército sea mandado por el monarca, es que los actos de este no pueden consistir, como lo hemos dicho ya (§ 30), sino en decretos firmados por él, y autorizados por sus ministros de Estado. Esta es, pues, la única manera como puede mandar la fuerza;

porque mandarla en persona como general en jefe no sería un acto del rey: y, por consiguiente, se constituiría personalmente responsable de todos los resultados del mando.

Notaremos de paso que, aunque esta razón no sea aplicable al sucesor presunto de la Corona, es también inhábil para mandar la fuerza, igualmente que, para ejercer cualquier otro empleo público, por el peligro que habría de que se hiciese culpable de algún delito, que, debiendo ser castigado con la pena de incapacidad para ejercer los empleos públicos, comprometería la sucesión al trono que la ley ha querido asegurar (18).

- **CUARTA ATRIBUCIÓN.** *Declarar la guerra y hacer tratados de paz, alianza y comercio.*

Los publicistas por haber confundido la *resolución de hacer la guerra* con la *declaración de guerra*, han tomado esta cuarta atribución en un sentido enteramente anticonstitucional, a saber: que el monarca, sin aguardar la decisión del Parlamento nacional sobre objeto de tanta importancia, puede declarar la guerra y ratificar cualquiera especie de tratados y convenios obligatorios para toda la nación.

Esta interpretación es muy absurda, pues por ella se concede al monarca la plenitud del poder legislativo, en todo aquello sobre que quiera convenir con las potencias extranjeras. Es evidente que, para que los convenios y tratados tengan fuerza de ley y sean obligatorios a todos los ciudadanos, es necesario que se discutan y aprueben por las cámaras legislativas; y que no es permitido al monarca ratificarlos sino después de este preliminar indispensable.

Por lo que hace a la declaración de guerra, los publicistas, cuya opinión estamos combatiendo, reconocen de tal manera la dependencia en que está la Corona de la aprobación de las cámaras, que conceden a la de los comunes el derecho de rehusar los subsidios, si cree que la guerra es contraria a los intereses de la nación; pero no se podía haber imaginado

cosa más absurda, ni más deplorable al mismo tiempo, que esta manera de dividir los intereses de una nación y de reducir la administración a un sistema de lucha indecente y pueril entre los agentes del poder.

Los publicistas añaden otras atribuciones a las cuatro que acabamos de hablar; pero unas no pertenecen sino a los monarcas absolutos, y de estas no nos ocuparemos en nuestro curso, porque no podríamos fijar principios para la arbitrariedad; otras no pertenecen al príncipe sino como tercera porción del poder legislativo, y hemos hablado de ellas en el artículo precedente. Las demás atribuciones de la Corona, mencionadas por los autores, y de las que aún no nos hemos ocupado, son las que, no perteneciendo ni al poder ejecutivo ni al legislativo, son propias de aquella parte del poder conservador que la Constitución haya delegado al monarca, de que trataremos en el artículo sexto.

§ 41

El monarca constitucional recibe la Corona del pueblo, bajo la condición de que no ejercerá sus atribuciones sino por medio de los ministros de Estado, nombrados según la ley, y responsables de todos los perjuicios que los actos del gobierno puedan ocasionar a los ciudadanos o al Estado.

Uno de los primeros objetos de la ley constitucional deberá ser, pues, fijar el modo de elegir a los ministros; porque no pudiendo haber nada arbitrario en el sistema constitucional, una materia tan importante como la elección de los ministros no puede dejarse de contar entre las que debe arreglar la Constitución, de manera que salve al Estado de las funestas consecuencias que resultarían en el caso, posible siempre, de mala elección.

Para lograrlo es menester subir a la fuente del mal, y no admitir en el número de los candidatos al ministerio sino a los hombres en quienes la opinión pública, juez competente,

tenga reconocidas las dos calidades esencialmente necesarias para todo empleo público: la probidad y la capacidad especial que exige la naturaleza del empleo.

Los candidatos para el ministerio deben buscarse, pues, entre los hombres distinguidos de cada una de las doce clases mencionadas en el § 6. Y como en un Estado bien arreglado jamás deben hacerse las promociones por salto, es menester además que se saquen de los más altos grados de la jerarquía administrativa, es decir, de las comisiones supremas de la administración pública.

Según la distribución que hemos hecho de todos los diferentes estados de la vida civil o política en doce clases, entre las cuales comprendemos la secretaría de Estado, que no es sino una oficina de despacho, se ve que las comisiones supremas deben ser once; y, por consiguiente, puede preguntarse si los ministros deben ser también once, además del secretario de Estado.

Pero cuando se reflexiona que los ministros de Estado en sus diferentes departamentos deben elevar al monarca los asuntos que la ley exige se sometan a su conocimiento, se advierte que el encargado de servir de intermedio entre éste y las comisiones supremas, aunque no deba ser extraño a los asuntos de las comisiones, cuyo intérprete está llamado a estar cerca del soberano, no tiene, sin embargo, necesidad de poseer todos los conocimientos especiales de cada comisión, como se requiere en sus directores y en los miembros que las componen. Se podrá, pues, reunir bajo un mismo ministerio aquellas comisiones que tengan relaciones, fundadas sobre la naturaleza misma de los asuntos que les corresponden.

Haciendo, según esto, las reuniones convenientes, los ministerios pueden reducirse a cinco; de suerte que agregándose la secretaría de Estado serán por todos seis, divididos de la manera que se ve en el cuadro siguiente.

MINISTERIOS	CLASES
I. Ministerio de justicia	{ 1. Justicia
II. De Hacienda	{ 2. Hacienda
III. Comercio y Marina	{ 3. Marina 4. Comercio e industria 5. Agricultura 6. Minas
IV. De Guerra	{ 7. Ejército 8. Obras públicas
V. De Estadística	{ 9. Instrucción pública 10. Salud pública 11. Estadística
VI. Secretaría de Estado	{ 12. Correspondencia General y relaciones exteriores

De entre los miembros de cada una de las comisiones comprendidas en los cinco primeros departamentos, deben ser elegidos los ministros respectivos por el rey, mediante un decreto firmado por él, y autorizado por el secretario de Estado, responsable ante los tribunales, si la persona nombrada no tuviera las calidades exigidas por la ley; y responsable ante el tribunal de la opinión pública, si la elección, dejando a un lado a los candidatos más dignos, recayese sobre alguno que fuese muy inferior a las funciones importantes que se le encomendasen.

¿Pero por quién debe autorizarse el decreto en que se nombre secretario de Estado? Por uno de los ministros de Estado; y cuando éstos faltasen, el rey deberá empezar por elegir uno, cuyo nombramiento será autorizado por el *gran canciller*, como se dirá en el artículo en que se trate del *consejo áulico*.

Bastaría el motivo que hemos indicado de la necesidad de cierto grado de conocimientos especiales, a fin de representar como conviene los intereses de cada ministerio acerca del soberano, para que no se aprobase el uso generalmente recibido de confiar la cartera de cada uno de los ministros de Estado a aquel de sus colegas que el monarca tenga a bien encargar a falta del ministro titular. Pero además de esta razón, que nos parece bastante fuerte, hay otra que no lo es menos, a saber: el inconveniente de que se debilite la responsabilidad que grava *in solidum* sobre todo el ministerio.

Debe, sin embargo, observarse que para realizar esta responsabilidad solidaria, es necesario que cada ministro comunique todos los días a sus colegas el protocolo de los asuntos que se hayan tratado en su departamento, a fin de que cada uno pueda reclamar de lo que haya en ellos contra los intereses públicos, o que con su silencio, que equivale a consentimiento, autorice a las personas encargadas de hacer efectiva la responsabilidad ministerial a citarlo como cómplices ante los tribunales que deban conocer del asunto.

Acabamos de hablar de un protocolo de cada ministerio; porque suponemos que el trabajo, sea de cada ministro con el rey, sea de todo el ministerio en consejo presidido por el monarca, por el sucesor presunto de la Corona, o por el secretario de Estado, deba hacerse con la concurrencia de un oficial que escriba y arregle el protocolo de estas diferentes conferencias: protocolo que deberán firmar el monarca y los ministros que hubiesen concurrido, autorizándolo el oficial que hemos dicho, para que responda de su autenticidad.

No se oponga a esta práctica el pretendido secreto de Estado; porque, por una parte, no puede haberlo para los miembros del gobierno; y, por otra, es fácil llevar registro separado para los negocios que exigiesen secreto, teniendo presentes las precauciones de las que hemos hablado (§ 23), a fin de que bajo este pretexto no se ocultе indebidamente al conocimiento del público, lo que no se le podría encubrir sin atentar contra el incontestable derecho que tiene de velar y juzgar sobre la conducta de sus mandatarios

En cuanto al modo de hacer efectiva la responsabilidad de los ministros, no hay necesidad de la ley especial, que la mayor parte de los publicistas imaginan. Todos los crímenes de los ministros, como tales, se reducen a *traición, concusión o abuso de confianza*; porque no pueden hacerse culpables en el ejercicio de sus funciones sino: 1.º sirviéndose contra el gobierno, las libertades públicas, la Constitución, en una palabra, contra los poderes políticos del Estado, de los medios que les suministran sus empleos, lo que es un acto de traición o felonía; 2.º atentando contra la propiedad real o seguridad personal de uno o muchos ciudadanos, lo que es un acto de concusión; 3.º autorizando decretos reales en que se atente contra los derechos de los ciudadanos o los intereses del Estado, acto por el cual el ministro que autoriza se presume que ha sorprendido la fe del monarca, o que se ha hecho culpable de abuso de confianza.

Para todas estas clases de crímenes debe haber penas establecidas en el Código Penal, sin consideración al rango del empleo del culpado. Así, cuando se trate de aplicar las disposiciones de la ley a un ministro de Estado, y no a un empleado subalterno, la cuestión no rodará sobre aplicarle una ley de excepción. Se tratará solamente de graduar el castigo que atienda su alta posición; no puede distinguirse del señalado a los agentes inferiores del poder, sino por una severidad mayor; porque tiene más facilidad de quedar impune y porque su crimen es mucho más grave por la incalculable extensión de sus consecuencias, y por la fuerza del ejemplo.

Pero se pregunta ¿por quién deberán ser juzgados los ministros?, ¿no se puede temer que los tribunales (aunque competentes para juzgar en semejantes causas, cuando conciernen a los agentes inferiores del poder), vengán a ser sospechosos a los querellantes que disputan con tan poderosos adversarios?

La mayor parte de los legisladores y publicistas han participado de este temor y por esto han creído que se debía investir del derecho de conocer en esta especie de acusación a la cámara alta, y aun algunos han atribuido a la cámara de los comunes el derecho de ejercer las funciones de acusador público.

Es sensible tener que insistir a cada paso sobre un principio tan evidente como el de la ilegalidad de la policía preventiva. En efecto, por el temor de que los jueces ordinarios falten a sus deberes, el legislador falta a los suyos, creando, con violación del principio más sagrado del sistema constitucional, un tribunal de excepción. Pero esto que en un gobierno representativo, en que la justicia fuese administrada por una corte permanente, solo sería ilegal; es una violación del sistema, que no tiene ni pretexto de utilidad, si consideramos que la justicia es administrada, como debe serlo, por los jurados organizados conforme a los principios del derecho común, de los que nos ocuparemos cuando tratemos del poder judicial.

§ 42

La gran dificultad en materia de responsabilidad de los ministros no es saber por qué tribunal y según qué leyes deban ser juzgados, sino quién deba estar encargado de velar sobre su conducta y de hacer efectiva su responsabilidad cuando llegare el caso. No se puede descansar sobre la vigilancia del rey ni del parlamento. Los medios de información del monarca son naturalmente muy limitados, y lo son más todavía por la adulación y la intriga, que casi no permiten que la verdad llegue hasta él. Los diputados y los pares o senadores entregados durante el intervalo de sus tareas parlamentarias, a los cuidados de sus estados o profesiones, no están más instruidos de lo que pasa en el gobierno que la generalidad de los ciudadanos. Fuera de estas tres autoridades, no existe en ningún país constitucional de los tiempos modernos, autoridad competente para poder ejercer una atribución tan importante. Lo que la antigüedad nos ofrece en este género participa de los graves defectos de una democracia o aristocracia que no podría convenir a nuestras costumbres.

Ha sido, pues, menester crear una autoridad que fuese análoga al sistema constitucional de nuestro siglo; y nosotros la presentamos en la institución a que damos el nombre de *consejo áulico*, compuesto de cinco magistrados que no están encargados de ejercer ninguno de los cinco poderes políticos, ni tienen otra atribución que la de velar sobre la conducta de

los agentes de estos poderes, desde el ministerio hasta el último escalón de la jerarquía del servicio público.

Tres de estos magistrados deben tomarse de entre los hombres facultativos de los ramos de hacienda, marina y ejército. Los otros dos, de la clase que hemos designado con el título de *hombres de Estado*, que, sin tener conocimientos particulares y profundos en ninguna de las doce clases (§ 7), poseen esa mirada general y de conjunto que puede abrazar a un tiempo las relaciones estadísticas que ligan las diferentes clases entre sí, y los intereses del país con los de las naciones extranjeras. Nosotros designamos los tres primeros miembros del consejo áulico con los nombres de *superintendente de la Hacienda* (*grand controleur des finances*), *almirante y condestable*; y a los otros dos con los de *justicia mayor* (*grand juge*) y *canciller*. Notaremos, en cuanto a este último, que como investido del carácter de guardasellos, tiene necesidad de conocer muy particularmente la parte de la administración pública que se puede llamar *ciencia de los diplomas*.

Esta creación exige que la ley constitucional asegure al consejo áulico los medios de tener noticias constantes y exactas de las operaciones diarias de todos los ramos de la administración, para lo cual es necesario establecer en cada división territorial un consejo de inspección, arreglados todos al mismo plan del consejo áulico, y que formen entre sí una jerarquía aparte, a fin de que cada uno ejerza una vigilancia independiente sobre la administración del territorio sometido a su jurisdicción, y tenga, para someterlo al consejo como superior inmediato, el conocimiento de todo lo que pudiera interesar a dos o más territorios comprendidos bajo una misma de las grandes divisiones territoriales; de suerte que, sin producir una centralización indebida, se obtenga el justo grado de dependencia que constituye la unidad verdaderamente nacional.

Cualquiera advertirá la necesidad de que cada uno de los cinco miembros de estos consejos esté asistido de cierto número de subalternos, que, colocados cerca de cada una de las comisiones de la administración sobre cuya conducta van

a velar, puedan hacer las observaciones que creyesen convenir al interés público, al paso que por sus relaciones diarias instruyan al consejo de inspección de lo que pasa en las secciones confiadas a su vigilancia.

Pero hallándose esta vigilancia general confiada ya en parte, por la naturaleza misma de la organización social, al rey y a las cámaras del parlamento, era necesario establecer entre estos tres ramos de inspección generalmente admitidos, el vínculo que les faltaba en las constituciones antiguas y modernas. El consejo áulico nos presenta naturalmente este vínculo, formando, por una parte, un consejo destinado a esclarecer la fe del monarca sobre la conducta de cada uno de los agentes de la alta administración; y ofreciendo, por otra, en la persona del *justicia mayor* un presidente nato de la cámara de los comunes, y en la del *canciller* el de la cámara alta.

La elección enteramente popular de estos dos magistrados, lo mismo que la de los otros tres miembros del consejo áulico, de que hablaremos en el artículo de las elecciones, nos da la más segura garantía de que desempeñarán con celo las importantes atribuciones que se les delegan, para poner de acuerdo el poder *moderador* del monarca, con el poder *conservador* de que se halla investida cada una de las cámaras, además del poder legislativo.

Mas la vigilancia de que acabamos de hablar no es el único servicio que del consejo áulico puede reportar el Estado. Otra necesidad no menos poderosa se hace sentir muy frecuentemente en todos los países en diferentes épocas, sin que se haya pensado en el medio de evitar los males incalculables que ellas traen consigo. Hablamos del caso en que el monarca, llevado de consejos liberticidas, paralizase la acción del gobierno, despidiendo su ministerio o conspirando con él a la subversión de las instituciones del Estado. En algunos gobiernos de la antigüedad se han creado, es cierto, magistraturas encargadas de contener los resultados de una empresa tan funesta de los jefes del poder, pero estas instituciones –como lo hemos notado ya– tienen el gran defecto de ser muy inclinadas a uno de los extremos de la democracia o de la aristocracia.

El consejo áulico libre, según nos parece, de estos dos defectos, y auxiliado de los medios de instruirse, que hemos indicado, es, en nuestra opinión, muy propio para satisfacer esta otra necesidad de las monarquías constitucionales.

Desde el momento en que el consejo áulico sepa que el ministerio conspira contra las libertades públicas, o que habiéndosele despedido en el todo o en parte por el rey, nadie ha reemplazado a los destituidos, se hallará autorizado por la Ley Fundamental a constituirse con pleno derecho, en consejo permanente cerca del rey, para hacer las funciones del ministerio; debiendo considerarse impedidos los ministros que no se han removido, hasta que el rey complete el ministerio.

Por lo demás, los decretos del rey serán autorizados por los miembros del consejo áulico, o si el monarca se negara a firmar los decretos que le fueran presentados por el consejo, éste transcribirá su contenido en edictos firmados por todos los miembros, a los cuales la ley constitucional tendrá declarado el mismo valor que a los decretos reales autorizados por los ministros.

El primer acto del consejo áulico, siempre que se constituya de este modo, deberá convocar al parlamento nacional, con el objeto de tomar las medidas que exija la gravedad de las circunstancias para el sostenimiento de las libertades públicas.

Mientras ejerza estas funciones, está sujeto a la responsabilidad inseparable de toda administración, y así es menester que el consejo de inspección de la provincia donde el gobierno tenga su residencia ejerza las funciones del consejo áulico.

§ 43

En los gobiernos absolutos basta saber que todas las leyes y órdenes que emanan del gobierno han sido discutidas maduramente en los consejos de la Corona, si el monarca tuviese a bien escuchar sus opiniones; pero en un país constitucional es necesario que cada uno sepa que no solamente se ha hecho la discusión, sino también lo que se ha alegado de una

y otra parte; y lo que cada una de las personas llamadas por la ley a dar su opinión ha dicho en apoyo de ella. Esta es la razón de la publicidad de los debates en las cámaras legislativas, y la nación no tiene menos derecho para exigir otro tanto de la Corona, ya sea en calidad de tercera porción del poder legislativo, ya en la de supremo poder ejecutivo.

Tal es el fundamento de la creación del Consejo de Estado, cuya necesidad se ha reconocido en todas partes, pero cuyas funciones se han desnaturalizado al concedérsele atribuciones administrativas y aun judiciales, lo que ha dado margen a la opinión de algunos publicistas que condenan todo Consejo de Estado, porque en los países particulares que conocen el Consejo de Estado es un compuesto monstruoso de atribuciones incompatibles.

En el Consejo de Estado es, pues, donde deben discutirse los negocios de cierta importancia, y aunque la dignidad de la Corona no permita que el público sea admitido a las sesiones del consejo, la nación no tiene por esto menos derecho de saber cómo se tratan allí sus intereses; y cómo cumple cada uno de los consejeros, instituidos por ella para ilustrar al príncipe, con este importante deber.

Decimos que los consejeros han sido llamados por la nación a ejercer sus funciones cerca del rey, porque en su calidad de funcionarios públicos deben sujetarse a los trámites generalmente establecidos, para llegar a obtener cualquier empleo, a saber: la *candidatura*, la *elección* y el *nombramiento*. Así, dejando al rey el nombramiento de sus consejeros, la ley constitucional no deberá permitir que los nombre, sino entre aquellos que haya elegido la nación. A los electores designados por la ley es a quienes toca presentar al soberano las personas más propias para asistirlo con sus consejos. Pero ni los mismos electores podrán escoger arbitrariamente en la masa de los ciudadanos. Es necesario que recaiga su elección sobre las personas que la opinión pública haya hecho subir de grado en grado por una sucesión de elecciones populares, hasta los órdenes más elevados de la jerarquía administrativa, legislativa y judicial.

En cuanto al número de consejeros y a la composición del consejo, las leyes orgánicas deben arreglarlo.

Pero lo que la experiencia exige que no pasemos en silencio es que los ministros de Estado, así como los miembros del consejo áulico, deben en todo caso formar parte del Consejo de Estado. Los unos para ejercer esa vigilancia que en nuestro modo de pensar debe ser la más fuerte garantía del trono contra la perversidad de los aduladores del poder, y los otros para exponer los asuntos que deben someterse a la deliberación del congreso y para suministrar a éste todos los informes de que pudiera necesitar.

§ 44

Hemos hablado ya de la secretaría de Estado, considerada uno de los seis ministerios de Estado, e indicado sus funciones en general. Agregaremos aquí que su principal fin es el despacho de los actos reales que, perteneciendo a los cinco ministerios indeterminadamente, no tienen con ninguno de ellos una relación bastante especial para pertenecer exclusivamente a uno más bien que a otro.

En este caso se hallan casi siempre los asuntos diplomáticos que ordinariamente tienen relación con dos o muchos ministerios. Además de esta razón, hay otra que exige para este destino un empleado especial, y es la necesidad de un conocimiento profundo no solamente del derecho de gentes general y positivo, sino también muy particularmente de los tratados y convenios que existen entre el país y las naciones extranjeras.

Para formar estos hombres especiales se necesita escuelas tanto de teoría como de práctica. Y nada es más fácil que establecerlas en nuestro sistema de organización social; porque los jóvenes que se hayan distinguido en la oficina de la comisión de estadística o de la secretaría de Estado deben pasar a servir en clase de agregados en las legaciones extranjeras, y volver al cabo de algún tiempo a ocupar un rango más elevado en la secretaría de Estado, pasando así alternativamente de los empleos en el exterior a los del interior, a fin de

que adquieran, además de la práctica de los negocios, aquellos conocimientos estadísticos y de derecho público interno y externo, cuya falta se hace sentir mucho en los que miran la diplomacia como una profesión rutinera, entran en ella desprovistos de esos previos e indispensables auxilios.

Si se considera que la mayor parte de las negociaciones diplomáticas no tienen otro objeto que intereses puramente comerciales, se deducirán precisamente dos conclusiones: la primera es la necesidad de que acabamos de hablar, en que se halla todo diplomático de conocer a fondo las relaciones de comercio de su país con las naciones extranjeras en general, y particularmente con aquella en que tiene que representar los intereses de la suya. La otra es la unión íntima que hay entre las dos clases de agentes públicos enviados a países extranjeros: los *diplomáticos* y los *cónsules*. El orgullo mal entendido de los primeros y la elección poco escrupulosa, que por esta indebida consideración se ha hecho de los segundos, han sido el origen de que se vean como dos ramos de servicio absolutamente distintos y que no pueden reducirse a uno solo. A este fin, sin embargo, debe marcharse, si se quiere hacer en las relaciones con las naciones extranjeras una reforma, que, satisfaciendo la necesidad generalmente reconocida de economizar los gastos públicos, dé al cuerpo diplomático un fin verdaderamente útil; porque en el estado en que se hallan las cosas, los pueblos no pueden mirarlo sino como una de aquellas superfluidades del gobierno, destinadas más bien a hacer brillar el esplendor de las cortes, que a prestar verdaderos servicios al Estado.

Pero no se dudará de su utilidad desde el momento en que cada legación sea el centro de todos los consulados, y los cónsules mismos no sean sino miembros de la legación acreditada cerca del gobierno del país: legación que se hará mucho más interesante, si está su jefe acompañado por cierto número de agregados dotados de conocimientos especiales, y destinados a examinar todo lo que el país pueda ofrecer de importante en su marcha progresiva de civilización, respecto de los diversos ramos de ciencias, artes y administración pública.

§ 45

Vamos a recorrer una tras otra todas las comisiones administrativas (§ 41) para dar idea más determinada de la naturaleza de sus atribuciones, comenzando por la que tiene por objeto la organización y dirección de la fuerza pública.

Un clamor general se levanta contra los ejércitos permanentes, que los pueblos cada día más celosos de sus libertades consideran como instrumentos ciegos del despotismo. Sin embargo, nadie duda de la necesidad de una fuerza preparada a obrar contra los perturbadores de la tranquilidad pública en el interior y contra los enemigos del Estado en el exterior: de donde es menester concluir que los motivos del clamor no provienen de la existencia de esa fuerza, sino de su organización. En efecto, un cuerpo de ejército según su organización actual es una reunión de hombres cuya suerte depende enteramente del gobierno; que no tienen la menor relación con el resto de la nación; y cuyo primer deber consiste en obedecer ciegamente a sus jefes, que no reconocen otro deber que la obediencia ciega al gobierno. Semejante fuerza no puede dejar de amenazar las libertades públicas.

Conocida la causa del mal se podrá por lo menos entrever el remedio. Una vez que ella consiste en la obediencia ilimitada a las órdenes del gobierno y en el aislamiento del resto de la nación, se debe poner límites a esta obediencia y reunir el ejército a la nación.

En cuanto a los límites de la obediencia, no es empresa difícil señalarlos. En una guerra defensiva basta que el gobierno ordene obrar, para que la fuerza pública rechace la agresión. Pero si se trata, no de repeler una agresión, sino de emplear la fuerza en el exterior, o en la guerra que llaman ofensiva, es necesario que ésta haya sido decretada por el poder legislativo. Para emplear la fuerza pública contra los habitantes mismos del país es necesario que haya sido requerida por las autoridades civiles. Por lo que hace al modo de emplear la fuerza, deberá siempre ser conforme a las leyes de la guerra, y ningún soldado ni oficial podrá jamás violarlas bajo el pretexto de obediencia a sus superiores.

La fusión del ejército en la nación se efectúa por sí misma, cuando hace parte del ejército todo ciudadano, a quien no se lo impidan su edad, el estado de su salud, los deberes de su profesión, o los de su empleo.

Según este plan, ya no habrá milicias, o como se llaman comúnmente, guardias nacionales, porque esta expresión está destinada a distinguir la fuerza cívica de la permanente, o por otro nombre: ejército de línea.

Por la misma razón no habrá ya un cuerpo de ejército compuesto de hombres que no sean más que soldados, porque todo ciudadano que no pueda alegar una excusa suficiente pertenecerá al ejército de línea, y pasará en el servicio militar el tiempo que le tocara por turno. Siendo igual este tiempo para todos, ninguno será soldado por oficio. El ejército, continuamente renovado por hombres que la víspera eran labradores, artesanos o negociantes, y que volverán a serlo cuando se les reemplace, será un verdadero ejército nacional.

En todas partes se han creado inspectores para las revistas, pero en ninguna encontramos un oficial general, cuyas funciones solo sean de inspector sin mando. En nuestro plan de organización esta autoridad deberá ser ejercida por el *condestable*.

El general en jefe deberá tener el mando del ejército mientras que no esté sobre las armas sino la clase de *efectivos*; y durante este tiempo el *condestable* no tendrá sino la inspección. Pero desde el momento en que la clase licenciada del ejército, y todo él, se halle sobre las armas, corresponderá al *condestable* tomar el mando.

No se reunirán las dos clases del ejército ni tomará el mando el *condestable*, sino para las grandes revistas o como medida de seguridad, cuando las libertades públicas estén amenazadas.

De esta manera, el Estado no temerá nada del general que manda en jefe, porque, no teniendo autoridad sino sobre el ejército efectivo, no podrá emprender nada sin que al

momento se encuentre embarazado por la clase licenciada, que debe unirse al ejército, quedando todo él bajo las órdenes del *condestable*. Éste, por su parte, no pudiendo mandar sino todo el ejército en masa, se encontrará en la imposibilidad de emplear una parte de la nación para oprimir a la otra, porque toda la nación estará armada.

Hemos dicho ya que cada distrito debe tener uno o muchos regimientos, compuestos de aquellos habitantes que no puedan alegar razones sólidas para ser exceptuados del servicio militar; y los hemos dividido en dos clases: *efectivos* y *licenciados*.

Si suponemos ahora que los ciudadanos, cualquiera que sea su edad y sexo, que no puedan prestar servicio militar, han de ser apuntados en las listas de revista con el nombre de *dispensados*, habremos obtenido sin ningún trabajo un censo exacto de la población; y podremos ejercer por medio de los jefes de cuerpo una vigilancia moral y estadística sin aumento de gastos ni fatigas. La educación de los niños, las pensiones de las viudas y huérfanos, los socorros de los enfermos y, en fin, toda la acción que la autoridad ha de ejercer sobre los individuos y las masas, adquirirá por este medio una facilidad provechosísima para todos los ramos de la administración (20).

§ 46

Hablando antes de los diferentes ministerios, hemos unido la dirección de las obras públicas al ministerio de guerra, y hemos indicado ligeramente la razón. En efecto, todas las obras de arquitectura y otras construcciones civiles o hidráulicas están íntimamente ligadas, tanto en práctica como en teoría, con la arquitectura militar. Si a esto se añade que el gobierno mismo tiene necesidad de hacer trabajar edificios públicos, se conocerá que debe tener en todo tiempo a su disposición cierto número de arquitectos. Pero, para que los tenga dotados de los conocimientos necesarios, es menester que les suministre los medios de adquirirlos. Todos los ramos de la arquitectura se hallan mutuamente enlazados unos con

otros y se prestan auxilio recíproco. Sin embargo, los cursantes, después de haber adquirido juntos los conocimientos comunes a los diferentes ramos de esta ciencia, preferirán aquel al que sean más inclinados.

El gobierno, pues, según este plan, no hace más que ofrecer a todos los ciudadanos los medios de adquirir conocimientos teóricos y prácticos en las artes que se refieren a las obras públicas, pero no encadena la industria individual. Establece un centro de instrucción e inspección, porque es necesario que el gobierno dé los primeros pasos, que no se podrían esperar de la industria particular; y cuando se presentaran empresarios para encargarse de construcciones públicas, es necesario que hombres responsables al gobierno examinen las condiciones propuestas por ellos, y velen sobre su cumplimiento.

He aquí cómo la dirección de obras públicas, lejos de embarazar la industria privada, aparta los obstáculos que no podría ésta vencer por sí sola, y vela sobre los intereses de la sociedad para que no reciban daño.

§ 47

Hemos comprendido bajo un mismo ministerio la marina de guerra, la marina mercante, el comercio, la industria, la agricultura y las minas. Veamos cuáles son las relaciones que unen estos diferentes ramos de la administración pública, y las atribuciones del gobierno por lo que toca a la industria privada.

Conviene recordar aquí el principio general y sin excepción de que el gobierno nada debe emprender por sí mismo, ni por medio de sus agentes en ninguno de los ramos de industria, cuando ya hay particulares que quieren hacerlo; y mucho menos arrogarse la autoridad de prescribir a los empresarios el modo de usar sus capitales o su arte.

Las únicas atribuciones del gobierno en esta materia son—como dijimos hablando de obras públicas—remover los obstáculos que la industria privada no podría vencer por sí sola,

y defenderla de los atentados de la malicia o de la ignorancia contra la libertad o la propiedad de los ciudadanos.

Uno de los obstáculos por mucho tiempo insuperables, si el gobierno no da los primeros pasos para destruirlo, es la ignorancia de los pueblos. Debe cuidar, pues, de establecer escuelas donde cada uno pueda adquirir los conocimientos propios de su profesión; siendo permitido, no obstante, a cualquiera establecerlas como medios de industria particular, porque el gobierno no puede impedir la concurrencia de los que quieran contribuir por su parte a la instrucción pública.

Nadie ignora que las materias de enseñanza de la marina mercante son en gran parte las mismas que las de la marina de guerra. Pero no se ha atendido a las considerables ventajas que sacará el Estado de que los oficiales de la marina mercante, incorporándose en la marina nacional, adquieran los conocimientos teóricos y prácticos indispensables para servir en caso de necesidad en la marina de guerra. Esto no impide que, sin perder su grado ni su ascenso en la marina nacional, se empleen también en la mercante, a la que será muy útil ser servida por oficiales que junten a la instrucción esa elevación de sentimientos, que ordinariamente acompaña a una situación distinguida en la sociedad.

Reuniendo de este modo la marina mercante y la de guerra, como hemos propuesto reunir las milicias cívicas y el ejército, cesará al fin la distinción odiosa y degradante que se observa en todo país entre las dos marinas.

Esto no es decir que la ley deba obligar a los particulares a confiar siempre sus naves exclusivamente a oficiales de la marina nacional. Al contrario, en nuestro sistema queda más libre que nunca cualquier armador, para elegir el comandante y tripulación que fueran de su gusto. Si se engañase en la elección, será por su culpa, y ni él, ni los navieros podrán alegar ignorancia en cuanto a la incapacidad del individuo escogido; porque admitiéndose en la marina nacional a todo marino instruido, debe presumirse que el que no pertenece a ella no tiene los conocimientos necesarios para inspirar confianza.

Lo que acabamos de decir respecto de la marina se verifica también hasta cierto punto por lo que hace al comercio, agricultura, industria y minas. El gobierno debe procurar a las personas que quieran dedicarse a estos diferentes ramos, los medios de instruirse; y comunicarles los progresos que hacen en otros países las ciencias que tengan relación con ellos. Debe velar sobre que nada embarace la industria: y teniendo, como gran consumidor, que hacer un crecido número de obras públicas, ya en los astilleros, ya en campaña, ofrecerá a la clase trabajadora un recurso tanto más precioso para la moral pública cuanto que hoy está demostrado que la mayor parte de los crímenes en los países más civilizados provienen menos de depravación, que de falta de trabajo para la clase industriosa.

Por muy floreciente que sea el Estado de una nación, existe siempre una gran porción de terreno que ya sea en bosques, ya en páramos, ya en tierras cultivables constituyen lo que se llama dominio del Estado.

Para dar valor a estas dos últimas especies de terreno se requiere adelantos que los particulares no pueden hacer sin exponerse a la ruina de su fortuna. Si el gobierno, pues, emplea en ellos los brazos que los particulares no pueden emplear, pronto la industria privada se apoderará del resultado de estos costosos ensayos, y el público reembolsará con usura los gastos con que el gobierno haya hecho fértil un terreno, que de otro modo habría quedado perdido para la sociedad.

Los bosques requieren la vigilancia del gobierno como dominio nacional; y aun cuando pertenezcan a particulares, su conservación interesa mucho al bienestar común, para que el gobierno no vele sobre el uso que se hace de ellos. Con más razón exigen las minas reglamentos especiales, y mucha vigilancia de las autoridades. Sin embargo, estamos muy distantes de aprobar la opinión general que considera las minas como propiedad del Estado; este es un error bien grave y las luces del siglo lo disiparán muy pronto. Pero no es difícil en el estado actual de las ciencias administrativas conciliar los derechos de la libertad de industria con la vigilancia que

exige la regularidad del laboreo de minas; porque, si las generaciones futuras llegaran a carecer de ellas por culpa o imprevisión de la presente, el mal sería irremediable, pues las minas no se reproducen como los bosques.

§ 48

Llegamos a la administración de hacienda, que consideramos aquí en su relación con el gobierno, es decir, no relativamente a su origen, a su naturaleza y a su empleo, que es materia de la economía política, sino a su administración, que es lo único que está bajo el dominio del derecho público.

El pago del impuesto es un deber, y, por consiguiente, no puede ser decretado sino por el poder legislativo; mas como este poder nace del sistema constitucional, aquel no debe ser arbitrario.

Siendo el fin del impuesto subvenir los gastos públicos, el primer deber del legislador es no permitir ningún gasto inútil. Gasto inútil es aquel que no trae a la sociedad un provecho correspondiente al capital empleado; en tal caso habría sido mejor dejarlo en manos de los constituyentes.

El poder legislativo se hace, pues, culpable de concusión siempre que sancione gastos inútiles, en el sentido que acabamos de determinar; y aún más, si son contrarios a los intereses nacionales, es decir, si tienden a disminuir en lugar de aumentar la masa de las producciones y el trabajo de los productores.

Hay también concusión de parte del poder legislativo cuando establece o mantiene en las fuentes de la renta pública cualesquiera monopolios o privilegios, sea que el gobierno los maneje por sí mismo, o que los ceda a particulares bajo la condición de algún canon o tributo. No solamente hay concusión de parte de dicho poder, sino también felonía cuando grava a la nación con impuestos inmorales, como los de loterías, y casas de juego y disipación.

Otro acto de concusión, practicado por desgracia en todas las naciones, es el de fijar el valor de la plata; de suerte

que el gobierno y los que dependen de él, están obligados a pagar y recibir, por cierta moneda de oro o cobre, cierta cantidad de plata; mientras que es imposible forzar el comercio, tanto interior como exterior, a sujetarse a tal obligación.

Las monedas de oro o de cobre varían de precio con respecto a las de plata, del mismo modo que varían de valor cualesquiera artículos respecto de la plata, o respecto unos de otros.

Lo que toca al poder legislativo en materia de moneda se reduce a determinar el peso, la liga y el cuño, que debe limitarse a manifestar que cada pieza ha sido sellada conforme a la ley, es decir, que tiene el peso y la ley que se le haya fijado.

En cuanto a su valor, esto es, en cuanto a la relación de las monedas de diferentes metales entre sí, o de los géneros con las monedas, o de unos géneros con otros, ninguna ley puede fijarla; porque la ley no ordena lo imposible.

Lo que decimos de las monedas metálicas es aplicable con más razón al papel moneda que crean algunas veces los gobiernos, y que no es, en sustancia, más que obligaciones por las que se comprometen a pagar al tenedor en moneda de plata el valor expresado en el billete. Cuando el gobierno paga estos billetes sin demora, no solamente no dañan al Estado ni a los particulares, sino que hacen el mismo servicio que las letras de cambio al comercio en general; pero cuando no los paga inmediatamente, y la ley obliga a los ciudadanos a recibirlos como plata contante, la ley es un ataque directo al derecho de propiedad, o, lo que es lo mismo, un abuso intolerable del poder; y los representantes de la nación, cómplices de este atentado, no solamente deben ser considerados mandatarios ineptos, sino también como mandatarios desleales, responsables de un verdadero crimen.

Hay otro abuso del poder legislativo respecto de la hacienda pública, demasiado frecuente en el día, y que señalaremos aquí. Consiste en los empréstitos que han venido a ser onerosísimos, por la manera de negociarlos adoptada en los últimos tiempos. Se hace intervenir a corredores,

que mediante un enorme corretaje se obligan a hacer valer ante los capitalistas las obligaciones que el gobierno vende a un precio muy inferior al nominal. Los corredores aparecen como prestamistas sin serlo, y hacen compras falsas de esas obligaciones, por medio de sus numerosos agentes en las principales bolsas de Europa.

Si los capitalistas atraídos por esta estratagema compran los billetes del gobierno, el empréstito se haya realizado hasta el importe de estas compras efectivas, los corredores sacan un seguro provecho y las cajas del Estado no perciben sino el menguado sobrante.

La intervención de estos onerosos agentes no da crédito a los gobiernos que no lo tienen, lo quita si a los que recurriendo a ella no ofrecen un corretaje bastante considerable para contentar a los agentes y a la numerosa cohorte de sus subalternos, distribuida en todas las plazas de comercio de Europa. No hay más que un medio de librarse de semejante mal, y es el de evitar la intervención de tales agentes.

Si las necesidades que pueden hacer preciso un empréstito se reducen a los gastos comunes, la economía y los impuestos sabiamente establecidos bastarán en todo país para subvenir a ellas, y si el gobierno no puede conseguirlo ni empleando estos dos medios, los empréstitos, de cualquier naturaleza que sean, solo servirán para aumentar todos los años el embarazo que debían disminuir.

Solo cuando el país tenga que hacer desembolsos extraordinarios, puede haber necesidad de ocurrir al medio extraordinario del empréstito. Pero semejante caso, por lo mismo que es extraordinario, no puede presentarse sino muy raras veces; y por tanto esos activos corredores de los gobiernos pródigos, no hallando alimento en el manejo diario de los fondos públicos, cesarán de ejercer su funesta influencia sobre la fortuna de las naciones, la enorme utilidad con que ellos se enriquecen quedará en las cajas del Estado y el crédito público, basado sobre un sistema de prudente economía, ganará mucho en la opinión de los verdaderos prestamistas nacionales y extranjeros.

Cuando los gobiernos conduciéndose de este modo adquieran la reputación de honradez y cordura que constituye el verdadero crédito, no les restará más que fijar los fondos destinados a pagar los intereses y a reembolsar el capital, y puede asegurarse que de todas partes habrá empeño en prestarle a un interés moderado porque no se podrá colocar mejor el dinero que en la caja de un gobierno, cuya estabilidad y juicio ofrecen la más segura garantía.

Hemos dicho ya, y no nos cansaremos de repetirlo, que cuando hablamos de los gobiernos debe entenderse de los representativos; porque no podemos prescribir reglas a la arbitrariedad.

En todo gobierno representativo uno de los primeros cuidados del poder legislativo debe ser fijar los ingresos y egresos del Estado, no de la manera vaga y descuidada como se practica ordinariamente, sino con la más escrupulosa atención, y en vista de los informes prolijos que el gobierno debe suministrarle.

Los ministros se niegan a darlos bajo el pretexto de imposibilidad, y las Cámaras tampoco se empeñan en pedir esas relaciones, de que, a decir verdad, ningún uso haría en las pocas semanas que dedican a la discusión del presupuesto. Así que solo se examinan las cuentas y el presupuesto que debe acompañarlas.

El ministerio debe enviar a cada una de las asambleas territoriales la parte que le corresponde en las cuentas del año corrido, como también las de los gastos del año siguiente. Los diputados de los departamentos y los pares o senadores, que cada año deben volver a estas asambleas para recibir las instrucciones a que se han de arreglar en el parlamento, tendrán así tiempo de examinar menudamente, y respecto de los intereses que representan, el presupuesto y la cuenta dada por el ministerio.

No se concibe cómo en países constitucionales se ha podido cometer la falta de no revisar sino de tres en tres años, y aun con más largos intervalos, la ley de hacienda. Esta falta

es grave, tanto porque no se debe impedir que se corrijan los errores que podrían descubrirse contra los intereses públicos, como porque se priva al cuerpo legislativo de uno de los más poderosos medios de contener en los límites de su deber a los agentes del poder ejecutivo. Con más prudencia se ha procedido en los países donde el gobierno tiene que presentar todos los años a la discusión de las Cámaras la ley de hacienda, so pena de verse sin medios para satisfacer los gastos corrientes, porque nadie está obligado a pagar el impuesto que no se haya decretado con las fórmulas ordenadas por la ley constitucional.

Hablando antes del poco cuidado que en todos los países constitucionales ponen las cámaras legislativas en el examen de las cuentas y del presupuesto presentadas por el gobierno, no hemos mencionado los motivos que los escritores adaladores del poder alegan en favor de este errado sistema. Las cuentas, dicen, no se presentan a las cámaras hasta después de haberse examinado con la mayor prolijidad por el supremo tribunal de cuentas. Pero ¿cómo se forma este tribunal? ¿Cómo procede en su examen? ¿Se instruye cada día en los ingresos y egresos? ¿Vigila sobre la percepción de los impuestos?

El tribunal de cuentas se compone en todas partes de individuos que dependen del gobierno. Las cuentas que llegan a él son de épocas distantes, y tan desnudas de documentos que la mayor parte del tiempo todo el examen se reduce a operaciones de simple aritmética, sin que sea posible ni permitido entrar en examen de la legitimidad y frecuentemente ni aun de la realidad del gasto. Este examen se hace individual y separadamente sin que sea posible a las autoridades, y mucho menos al público, fiscalizarlo. El tribunal, en fin, puede a lo más saber lo que ha entrado y lo que ha salido, pero no tiene medios de saber lo que habría debido entrar, ni lo que habría debido salir (21).

Nos parece que toda esta parte de la administración está aún por crearse en todos los gobiernos representativos. En nuestro sistema, el departamento encargado de fiscalizar la

hacienda, a cuya cabeza estará el superintendente, miembro del consejo áulico, debe ser absolutamente independiente del gobierno, y debe tener un delegado cerca de cada ramo de administración, encargado de instruir al intendente respectivo de lo que pueda interesar en algo a las rentas públicas.

Sin esta correspondencia diaria de cada tesorería con el departamento encargado de fiscalizar la hacienda, es imposible obtener una arreglada contabilidad.

Otra falta no menos general y que se opone igualmente, aun en los países mejor gobernados, a que haya idea exacta del verdadero estado de los ingresos y egresos, es la confusión de las rentas generales con las departamentales y municipales.

Hablando de la división territorial al principio de este curso, hemos hecho entrever los inconvenientes del sistema de centralización, tal como se entiende en todos los gobiernos monárquicos o republicanos, a excepción de Estados Unidos de la América septentrional. Pero no se ha de confundir esta concentración, que entorpece la acción de las autoridades territoriales, con la inspección que debe ejercer sobre ellas el gobierno central, con la mira no de detener su marcha, sino solamente de impedir que el interés local dañe al interés general, lo cual no puede obtenerse sino por medio de una comunicación no interrumpida entre los empleados de hacienda de cada división territorial de orden inferior, y los inmediatamente superiores, y así de grado en grado hasta el ministro de hacienda, por una parte, y el superintendente, por otra.

En materia de hacienda, sobre todo, debe evitarse el error de la mayor parte de los publicistas, que con el pretexto de independencia de los poderes, han creado el que llaman contencioso-administrativo. Este error tiene su origen en ideas inexactas acerca de los que constituye el carácter del poder judicial. Si se hubiera reflexionado que todo lo que es contencioso pertenece a este poder, no se habría concedido a los empleados de hacienda sino una jurisdicción voluntaria. Desde que las partes interesadas se crean perjudicadas en sus

derechos por las decisiones de estas autoridades, es necesario que el poder judicial tome parte, sin que por eso se deba temer el menor ataque contra el poder ejecutivo, principalmente si se reduce la administración de justicia a lo que debe ser confiándola a los jurados, cualquiera que sea la naturaleza del asunto; civil o criminal, de hacienda o de comercio, como lo veremos en el artículo siguiente, en que se tratará de la organización de este poder.

Pero, aunque las autoridades encargadas de la administración de hacienda no deban ejercer sino una jurisdicción voluntaria, no por eso se ha de aprobar el uso de examinar los asuntos que penden ante ellas en secreto, solo con vista de los documentos, y no oyendo a las partes sino por escrito.

En los gobiernos representativos todos estos usos son esencialmente incompatibles con el sistema constitucional que les sirve de base. Sea voluntaria o contenciosa la jurisdicción que se ejerza, el orden de los procedimientos nunca debe variar. Las causas deben verse y examinarse por el orden de tabla, en público, bajo la dirección de un presidente, únicamente encargado de mantener el orden de la sesión y de obrar en nombre del tribunal; con la asistencia de un escribano encargado de la redacción de los actos de dicha sesión y otros adjuntos de que hablaremos en el artículo del poder judicial; el agente del tesoro público debe producir por su parte las pruebas que tuviese que alegar.

§ 49

La publicidad que exigimos en las cuestiones entre la administración de hacienda y los particulares, que tengan que arreglar cuentas con el Estado, no es más que consecuencia del principio general de la publicidad que, según nuestro sistema, deben tener todos los actos del gobierno. Pero todavía no es esto suficiente: es necesario además que haya un centro en el que se reúnan todos estos informes, y funcionarios encargados de recoger y clasificar todas las noticias, que puedan contribuir a ilustrar al gobierno y a los particulares sobre lo que pueda interesar, tanto a la industria nacional como a

la administración. Es necesario, en una palabra, que haya un departamento de estadística: creación nueva, pero que por una parte no es costosa, porque no debe componerse sino de miembros escogidos entre todos los ramos de la administración; y por otra es sumamente útil, pues por faltar estos centros de datos, acontece en todas partes que el gobierno se halla a cada momento en la dolorosa alternativa de no hacer nada por no tener informes suficientes, o de obrar sin los datos seguros que necesita. Felizmente los trabajos, que el celo de un gran número de sabios ha emprendido sobre la estadística de muchas naciones, hacen hoy muy fácil la organización de un departamento, especialmente destinado a dar a la estadística de cada país el carácter de autenticidad y de certidumbre, que hace todo el mérito de las investigaciones de este género, y de que han estado privadas hasta el presente.

§ 50

Cuando hemos dicho antes (§ 41) que la dirección de cada uno de los ramos de la administración debe ser confiada a una comisión suprema, no hemos querido establecer que cada comisión se componga de diversas personas, o que los miembros de cada una de estas comisiones no puedan ser miembros de otra, cuyas atribuciones tengan relación con la primera. Al contrario, somos de la opinión que sería muy provechoso al servicio público que las diferentes comisiones estuviesen todas instruidas de lo que se trata en cada una de las otras y, por consiguiente, no podemos menos que recomendar al gobierno el nombramiento de un mismo funcionario para dos o más comisiones, siempre que lo permita la homogeneidad de sus atribuciones, y que el número no sea tan considerable, que el empleado no pueda cumplir con los deberes que le imponen estos diferentes destinos.

Así acabamos de ver en el § precedente que los miembros de la comisión de estadística deben ser escogidos de entre los de las otras comisiones, y debe decirse lo mismo de la comisión de instrucción pública de la que vamos a ocuparnos. Porque es evidente que entre las numerosas atribuciones de cada comisión, una de las más importantes es proveer la

propagación y el adelantamiento de los conocimientos que tienen relación con los asuntos confiados a su dirección. Es necesario que haya en su seno una sección especialmente consagrada a este objeto.

Pero no basta que cada departamento provea separadamente a la parte de la instrucción pública que concierne a los intereses de que se halla encargado: es necesario para que la marcha de la enseñanza sea uniforme y sistemada, y para evitar la duplicación de empleos tan contraria al método como a la economía, que las secciones de instrucción de las diferentes comisiones se reúnan en una comisión, especialmente encargada de velar sobre la instrucción pública en general.

Esto no es decir que queramos sujetar este ramo de la industria con cadenas que desearíamos ver rotas en todos los demás. Del mismo modo que hemos proclamado antes la plena libertad del comercio y de la industria, creemos también de la mayor importancia que nadie sea oprimido por la autoridad, cuando emplea sus talentos como profesor en el ramo que haya escogido. Deseamos que se deje a los padres o tutores libertad para confiar la instrucción de sus hijos o pupilos a las personas que les inspiren más confianza, sin depender de modo alguno de la aprobación del gobierno.

Pero como de la libertad de escoger los maestros, las doctrinas y los métodos de instrucción no se puede concluir que los padres tengan la obligación de dar o no educación a sus hijos, debemos añadir que, dejándoles libre la elección sobre lo que pueden tenerla, se debe exigir que sometan a sus hijos a exámenes, que hagan conocer a las autoridades hasta qué punto han cumplido con el deber que la ley y la naturaleza les imponen.

Debe haber, pues, una comisión encargada de ejercer esta vigilancia por sí misma y por medio de sus subalternos. A ella pertenecerá también la dirección de la instrucción pública, porque el gobierno además de su vigilancia no debe aguardar las especulaciones particulares sobre este ramo de la industria, pues hay un gran número de ciencias y artes cuya enseñanza

exige establecimientos que, como los jardines botánicos, los anfiteatros anatómicos, los museos de historia natural, etcétera, son harto costosos para ser emprendidos por particulares.

Pero todos estos ramos de instrucción suponen la existencia de otros muchos, comenzando por la instrucción primaria. El gobierno debe, por consiguiente, comprenderlos en el plan general de estudios que ha de seguirse en las escuelas públicas establecidas para todos los que quieran aprovecharse de ellas; permitiéndose, sin embargo, a cada uno adquirir en otra parte los conocimientos de que presentará examen, según la ley, cuando aspire a ejercer algún empleo.

La ley que establezca cuáles deben ser los conocimientos en los que han de ser examinados los aspirantes a cada empleo arreglará los medios que el gobierno debe ofrecer al público para poder adquirirlos.

En vez de dejar a cada joven seguir la carrera de las ciencias hasta los grados más elevados de la jerarquía universitaria, sin afanarse por saber si es o no capaz de estos altos estudios, el gobierno debe contenerlo donde lo exijan los límites de su inteligencia.

Después de facilitar los medios de instrucción, el gobierno debe exigir que todos los jóvenes, sin distinción de clase, se presenten en épocas fijadas por la ley, ante las autoridades competentes para sufrir, sin miramiento al rango, ni a la fortuna de sus padres, exámenes en virtud de los cuales, a los que fueran dignos y carecieran de recursos, se les costeará su instrucción por el Estado. Los demás serán detenidos en el punto de que su capacidad intelectual o moral no les permita pasar. Porque es absurdo admitir en las clases altas a los hijos de las familias distinguidas que, careciendo de aptitudes, no pueden dejar de emplear después la intriga para conseguir puestos que no merecen. Es por otra parte deplorable que se admita por condescendencia a los jóvenes ineptos de las clases inferiores de la sociedad y que se les inspire de este modo esperanzas, y se les dé una especie de derecho de llegar a empleos que no pueden obtener sino por la adulación y el

envilecimiento, mientras que, si hubiesen permanecido en las clases en que nacieron, y de que indebidamente se les saca permitiéndoles pasar a los altos estudios, habrían sido útiles y honrados ciudadanos.

Las escuelas destinadas a todas las clases deben establecerse en las capitales de todas las divisiones territoriales, más las de estudios profundos de artes o ciencias no se establecerán sino en las capitales de departamento o de provincia.

Decimos que las escuelas de los estudios más comunes deben hallarse en las capitales de todas las divisiones territoriales, no solamente porque en todas partes hay necesidad de esta clase de instrucción, sino también porque nos proponemos ofrecer a los profesores de estas clases un medio de adelantar, que les falta en la organización actual de la instrucción pública de los países que conocemos. En todas partes los profesores de las ciencias más elevadas tienen abierta una carrera más o menos brillante. Pero si se mira a lo que se llama instrucción primaria no hay ningún estímulo para los profesores, que, capaces de engrandecer con el tiempo y aun con la práctica de la enseñanza el círculo de sus conocimientos, aunque sin salir de la esfera a que se han dedicado, tienen necesidad de estímulo tanto honorífico como pecuniario. Este estímulo lo hallamos naturalmente en la promoción que se hará por concurso, de las escuelas primarias del común a las de distrito, de allí a las de los gobiernos, después a las de cantón, a las de departamento y, en fin, a las de provincia. Decimos lo mismo de los profesores de artes y ciencias, que, aunque muy instruidos en la parte que enseñan, no sean capaces de elevarse a conocimientos de orden superior. Así, los profesores de principios elementales de matemáticas, o de dibujo y pintura, que aunque muy hábiles, no puedan elevarse a la altura del análisis superior, o a las altas concepciones de las bellas artes, no deben ser privados del estímulo que solo la promoción les puede procurar. Es, pues, justo ofrecerles adelantamiento en la jerarquía de su profesión, aunque queden dentro de los límites de aquella enseñanza de los que la naturaleza no les ha permitido pasar (22).

§ 51

La medicina en todos sus ramos considerada como una parte de la instrucción pública, ha llamado en todos los países la atención del gobierno. Cuando se ha tomado en consideración la influencia material que la práctica de ese arte debe ejercer sobre el bienestar de la sociedad, se le ha visto como uno de los objetos de la vigilancia de la policía superior del Estado. Ha participado de todos los beneficios del esmero ilustrado de los gobiernos sabios, y ha sufrido también los más crudos golpes de la horrible policía preventiva, cuyas funestas consecuencias hemos ya notado.

En el sistema de plena libertad de industria que profesamos, nada habría que añadir respecto de esta profesión particular, después de lo que hemos dicho acerca de todos los otros ramos de industria que hemos tratado antes, si la importancia mayor de lo que concierne a la salud de los habitantes no impusiese al gobierno el deber de pensar en los medios de facilitar los socorros, tanto de medicina como de cirugía y de farmacia, a todas las clases y a todas las fortunas.

Así, dejando a cada uno la libertad de adquirir los conocimientos de estas diferentes artes del modo que crea más conveniente, el gobierno no dará su aprobación sino a los que hayan probado, ante las autoridades competentes, bastante capacidad para el ramo que se propusieren ejercer.

El ciudadano que prefiera dirigirse a otros profesores que los aprobados por el gobierno, no hará en esto más que usar de su derecho. Si es un hombre hábil el preferido, se cometería injusticia en impedir que el ciudadano lo emplease; y si no lo es, éste sufrirá la pena de su imprudencia. Esta pena puede ser un castigo comprendido en el Código Penal, para el caso en que la preferencia, indebidamente concedida a un charlatán, constituya crimen público, como cuando el jefe de una familia lo haya llamado para curar a alguna persona de su familia, en lugar de dirigirse a alguno de los miembros de la facultad, se le puede considerar cómplice de las faltas que se prueben al médico, cirujano o facultativo que llamó

arbitrariamente, de la misma manera que el armador es responsable de los daños causados a la mercadería por falta del capitán que hubiese preferido, en uso de su derecho, a los que tuvieren la aprobación, y, por consiguiente, la garantía de la administración de marina, porque (sea dicho de paso), toda aprobación, todo nombramiento y toda elección en un país constitucional produce responsabilidades en el que aprueba, nombra o elige.

Pero hemos notado arriba que no es suficiente proveer a que haya médicos, cirujanos y farmacéuticos en número competente, sino que es necesario que todos puedan igualmente aprovecharse de sus socorros, porque siendo la necesidad igual en todos, el derecho debe ser también el mismo, a menos que haya alguna falta personal.

Para satisfacer a esta gran necesidad de las sociedades, no hay que recurrir a nuevos inventos; basta perfeccionar lo que está ya en uso, pues por imperfecta que sea la organización del departamento de sanidad del ejército o de la armada en los países más civilizados, no se podrá desconocer que en todas partes se ha atendido más o menos completamente las necesidades de todas sus clases, en lo que pertenece a la conservación de la salud y tratamiento en caso de enfermedad.

Si se recuerda lo que hemos dicho (§ 45) sobre la inscripción de todos los habitantes, cualquiera sea su sexo y edad, en las listas del regimiento de su distrito, se hallarán todos comprendidos en la medida, ya usada al presente, de asegurar a todos los individuos, pertenecientes a cualquier cuerpo del ejército, los cuidados que necesiten en caso de enfermedad. Es cierto que la organización de los oficiales de sanidad que sirven en el ejército debe sufrir algunas modificaciones en la suposición de que hablamos: los habitantes que inscritos en las listas del ejército no pertenezcan, sin embargo, a la clase efectiva, no podrán pretender socorros gratuitos, pero, repetimos, esto no es más que hacer modificaciones en un sistema ya puesto en práctica en todos los

países, y no una creación nueva cuyos ensayos se tengan que arriesgar. Elevados a la categoría de empleados públicos y gozando, por consiguiente, de las ventajas de una subsistencia tan segura como honrosa, los miembros de la facultad hallarán en ella una amplia compensación de los honorarios que el estado precario de su profesión les obliga a exigir actualmente, y que impiden a las clases menos afortunadas aprovecharse de sus talentos.

§ 52

Al fijar las atribuciones de todos los ministerios de que nos hemos ocupado hasta ahora, no hemos hallado otra dificultad que la de señalar la línea de separación entre dirigir y mandar, ilustrar y dominar, proteger y encadenar. Pero cuando se trata de explicar en qué debe consistir la acción de un ministerio de justicia, se encuentran dificultades muy embarazosas, porque parece que envolvería incompatibilidad con el principio de la independencia de los poderes.

Sin embargo, por poco que se reflexione acerca de la prerrogativa de la vigilancia que toca al jefe del poder ejecutivo sobre el cumplimiento de las leyes y decretos, se advertirá que debe haber un ramo de la administración, encargado especialmente de observar la marcha del poder judicial en toda la extensión del país, no solamente con el fin de hacer ejecutar las decisiones de los magistrados, cuando sean conformes a las leyes que reglan el orden de los procedimientos, sino también para sujetar a responsabilidad a los miembros de los tribunales que se desviasen de él. Con este fin debe haber cerca de cada corte de justicia un procurador de la Corona, escogido por el gobierno de entre los magistrados que se le designen por los electores de la nación, conforme a lo que diremos sobre esto en el capítulo de las elecciones.

ARTÍCULO IV

Del Poder Judicial

§ 53

El que decide sobre las diferencias que se suscitan entre los individuos ejerce el poder judicial. Se le llama *juez* o *jurado*, cuando es una sola persona, y *juri* cuando es una reunión de personas.

La diferencia puede ser sobre la existencia o no existencia de un hecho; o, estando las partes de acuerdo en cuanto al hecho, puede rodar sobre el derecho; o bien puede ser sobre el hecho y sobre el derecho.

Los hechos sobre los que ha de fallar el *juri* pueden ser tales, que exijan en los jurados conocimientos especiales en alguna profesión o arte determinadas, como acontece en las cuestiones de comercio, servicio militar, medicina, arquitectura, jurisprudencia, etcétera; o, bien para averiguar el hecho en cuestión, bastan los conocimientos generales, y el grado de capacidad que se encuentra en la mayor parte de los hombres bien educados. A los *juris* de la primera clase los llamamos *juris especiales* y a los de la segunda *juris generales*.

§ 54

Sea cual fuere la naturaleza de la cuestión sometida a la decisión del *juri*, éste no debe fallar sino conforme a las leyes del país; y debe, por consiguiente, conocerlas. Pero las más veces las personas en quienes las partes hayan puesto su confianza, por su probidad y capacidad suficientes para fallar sobre el hecho en cuestión, no tendrán los conocimientos jurídicos necesarios para comparar el hecho averiguado con las leyes del caso.

En casi todos los países se ha creído resolver esta dificultad, instituyendo cortes de justicia compuestas de magistrados, nombrados por el gobierno y encargados de fallar

tanto sobre el hecho como sobre el derecho, los cuales pueden seguir la opinión de peritos, siempre que carezcan de los conocimientos especiales que se requieran.

Esto era evidentemente una usurpación del poder ejecutivo, que, por un lado, despojaba a las partes de su derecho natural de poner la decisión de sus intereses en las manos que creen más dignas de su confianza; y, por otra, se arrogaba la autoridad de delegar el ejercicio de un poder político, que debiendo ser por su naturaleza independiente de los otros dos poderes, legislativo y ejecutivo, no puede derivarse del gobierno sin una directa violación del principio más esencial del sistema representativo, que no reconoce otra fuente del poder que la delegación nacional.

Así, no tardaron en percibirse los abusos de semejante institución. Donde quiera que se ha pensado en reforma de la organización social, el primer deseo que se ha oído ha sido el del restablecimiento del *juri*. Se ha conocido que es fácil suplir la ignorancia de las leyes cuando el *juri*, gozando de la confianza de la nación y de las partes, y siendo inteligente en el hecho, solo necesita instruirse en las disposiciones de la ley, mientras que por sabios que se supongan en materia de legislación los jurisconsultos que compongan la corte de justicia, no se podrá suplir de modo alguno ni la aptitud, que no pueden tener para decidir en una inmensa variedad de hechos sometidos a su juicio, ni la confianza de las partes generalmente preparadas contra estos jueces permanentes. Protegidos, pues, por una impunidad inherente a la institución misma, puesto que no han de ser juzgados sino por jueces tomados de su propio seno; y no temiendo sino al gobierno que puede destituirlos o deponerlos, o al menos no darles ascenso, los jueces de que hemos hablado, no son, salvo algunas honrosas excepciones, sino un instrumento ciego de las voluntades del gobierno.

§ 55

No debería, pues, hoy haber más que una opinión sobre esto: cada uno debe ser juzgado por las personas de su confianza, es decir, que la justicia cualquiera que sea la

naturaleza de la causa, civil o criminal, debe ser exclusivamente administrada por *juris*. Por desgracia, aun en el mismo país en que esta bella institución ha sido mejor comprendida, su organización ha quedado siempre imperfecta. Vamos a trazar la forma de los procedimientos que nos parece convenir a la naturaleza de la institución; y bastará compararla con lo que se practica en los países que acabamos de indicar, para percibir la diferencia.

Cualquiera que sea el sistema de procedimientos que se adopte, el demandante debe ser el primero en exponer sus quejas, concluyendo por citar las leyes sobre las que funda sus pretensiones, y por pedir la reparación que cree le debe el demandado. Ha de apoyar al mismo tiempo sus aserciones en las pruebas que pueda producir, ya sean testimoniales, ya instrumentales, a fin de que el reo pueda conocer desde el principio toda la acusación que debe satisfacer.

Respondiendo éste, debe a su vez alegar todas las pruebas testimoniales, o las que creyera necesarias, para refutar los capítulos de la acusación. Porque una de las grandes ventajas del juicio por jurados es incontestablemente la de admitir sin distinción toda especie de pruebas, cualquiera que sea la causa sobre que el *juri* tiene que pronunciarse. A él toca determinar la importancia que debe dar a las razones y pruebas alegadas por el demandante o por el demandado. Las leyes que prohíben admitir pruebas testimoniales en cierto género de causas, o bien no admitir sino testimoniales en algunas, las que niegan a cierta clase de escritos la calidad de pruebas legales; las que repelen el testimonio de tales o cuales personas como sospechoso, y, en fin, una multitud de disposiciones semejantes no son sino precauciones mediante las cuales se ha creído remediar lo que los tribunales compuestos de jueces permanentes, nombrados por el gobierno y no por la nación y las partes, tienen de irregulares e incompetentes.

Pero cuando se sujeta la constitución de los tribunales a sus verdaderos principios, deben cesar todas estas medidas tan poco racionales y tan insuficientes; y el jurado llamado a juzgar del *hecho* y de la *intención*, ateniéndose a la sola convicción

de su conciencia, concede o niega su ascenso a las pruebas alegadas por las partes, según que ellas le parezcan merecer o no su confianza, conforme a las razones que cada una de las dos partes interesadas hubiera alegado, para debilitar las pruebas literales o testimoniales presentadas por su adversario.

Sin embargo, como no se debe olvidar que los jurados pertenecerán muy frecuentemente a clases bastante capaces de fallar sobre el fondo de la cuestión, pero poco propias para considerarla en sus relaciones con las leyes, que muchas veces les serán desconocidas; y además que deberán hallarse muy embarazados para recordar después del alegato, bajo un punto de vista claro y luminoso, lo que se haya dicho por una y otra parte, es conveniente que a cada *juri* asista un letrado para ejercer las funciones de relator, ya resumiendo lo que cada parte hubiese alegado en su favor, ya informando al *juri* de las disposiciones de la ley en los tres puntos de vista siguientes: 1.º suponiendo que el caso fuese tal como lo presenta el demandante, 2.º suponiendo como lo figura el demandado, 3.º si el letrado no admite ninguna de estas maneras de considerar el asunto, manifiesta lo que concibe y declara lo que las leyes ordenan en semejante caso.

Cuando esta exposición, sobre la cual cada una de las partes debe ser admitida a hacer sus observaciones, haya sido modificada en virtud de ellas, o ratificada sin modificación por el juez letrado, el *juri* pasará a deliberar en sala separada, bajo la presidencia de uno de sus miembros; pero teniendo por escribano al mismo que ejerce estas funciones en la causa ante el tribunal.

Si el *juri* conviene en adoptar una de las tres suposiciones presentadas por el juez letrado en cuanto al *hecho*, no tendrá más que determinar en cuanto a la intención la gravedad del delito, y expresará esta gravedad decretando el *máximo* o el *mínimo*, o algún grado medio de la pena legal, indicado por el juez letrado, sin que en todo esto los jurados tengan que consultar otra cosa que los dictados de su sola razón; porque solo en su razón y su probidad han puesto las partes su confianza escogiéndolos por jueces.

Cuando la ley, en lugar del *máximum* y del *mínimum*, declara un solo grado de castigo, la razón manda al *juri* considerarlo como el *maximun* legal; permitiéndole exponer, para la instrucción del poder legislativo, que el caso al que ha sido necesario aplicar esta pena merecía otra más grave, a fin de que el Parlamento nacional, considerando sus razones, dé a la ley penal las modificaciones que exijan los principios de la justicia distributiva.

Del mismo modo, cuando aún el *mínimum* fuese a su juicio muy grave para el caso en cuestión, debe estar autorizado por la ley a suspender la pena hasta que el Parlamento, tomando en consideración las razones del *juri*, fije otro *mínimum* si lo cree necesario, a fin de dejar al *juri* amplitud, para aplicar al caso en cuestión la pena que creyera proporcionada a la gravedad del delito.

Por último, séanos permitido añadir que el uso de fijar un *mínimum* de pena nos parece contrario a la recta razón; porque, como las circunstancias que disminuyen la culpabilidad no tienen límites, o, lo que es lo mismo, como el legislador no puede asignar un *mínimum* de culpabilidad, tampoco podrá asignar un *mínimum* de castigo.

§ 56

Hasta aquí no hemos hecho mención más que del *juri*, del juez letrado y del escribano, como partes integrantes del tribunal. Necesitamos ahora hablar del presidente, porque bien se concibe que no podría haber orden en los trabajos de la asamblea, si no hubiese alguno encargado de dirigirlos. Así, en todos los países donde está admitido el *juri*, se ha designado alguno para que ejerza la presidencia del tribunal, y frecuentemente otro para presidente del *juri*. Pero muchas veces se ha cometido la falta de confundir estas dos presidencias en una sola persona: en otras ocasiones se ha encargado al juez letrado de esta función, así como en otras se han encargado al mismo las funciones de escribano. Todos estos usos son defectuosos porque reúnen en una sola persona atribuciones incompatibles. El juez letrado, como también los jurados y

el escribano, tiene deberes que cumplir en el tribunal, y, por consiguiente, necesitan una autoridad superior que fiscalice su conducta, y que ponga en armonía la cooperación que se deben recíprocamente, para el fin común de la administración de justicia: ninguno de ellos puede ser apto para desempeñar sus funciones, porque tendría que fiscalizarse a sí mismo.

El *juri* no puede admitir en su seno como miembros activos, sino personas que tengan la confianza de las partes; y, por consiguiente, el presidente del tribunal no podrá ser designado en esta calidad por la ley como presidente del *juri*. En fin, teniendo el escribano que escribir los dichos y los actos del juez letrado, habría contradicción en revestir a este último del derecho de autorizar lo que ha dicho o hecho él mismo en el curso de los procedimientos.

De todas estas consideraciones se sigue que concurren cuatro funciones bien distintas en el ejercicio del poder judicial, a saber: la de juez jurado, la de juez letrado, y la de presidente y la de escribano; y que, excepto el caso en que los jurados escogidos por las partes sean letrados, y en que, por consiguiente, no fuese necesaria la intervención del juez letrado, en cualquiera otra ocasión estas cuatro funciones deben ser ejercidas por otras tantas diferentes personas: la reunión de ellas forma la magistratura, y, por consiguiente, todas y cada una deben gozar de la triple calidad que caracteriza el poder judicial: 1.º la independencia de los poderes legislativo y ejecutivo, en cuanto a su nombramiento, su conservación o promoción, 2.º su derecho de inamovilidad a menos que no sea esto por su consentimiento, 3.º su deber de no abandonar una causa hasta que ella esté completamente juzgada, a no ser que las partes interesadas consientan en ello.

Así, el presidente no debe desempeñar otra función que la de mantener la regularidad de los procedimientos y el buen orden de la audiencia. A él no pertenece examinar a las partes o interrogar a los testigos, como se acostumbra hacer, so pretexto de facilitar el descubrimiento de la verdad. Aquí la verdad es el derecho de los abogados, y, por consiguiente, a ellos toca determinar cuál es el derecho que quiere hacer valer

cada uno por su parte: a ellos toca alegar sus razones; pedir a la parte contraria las declaraciones y los medios de prueba que la ley permitiera exigir; indicar las preguntas que deben dirigirse a los testigos; y en fin a cada uno de ellos pertenece examinar los documentos que el otro haya alegado en su favor. Los jurados, lo mismo que el juez letrado, pueden exigir se satisfaga a las dudas que la deposición de los testigos o el contenido de los documentos originen, pero debe serles prohibida toda pregunta que no sea necesaria para esclarecimientos; porque, repetimos, nadie debe hacer valer los derechos de una parte con gravamen de otra, más de lo que ella misma lo habría hecho, pues destruiría la justa imparcialidad que toca al magistrado. Por su parte, el presidente, como también el escribano, no debe exigir otros esclarecimientos que los absolutamente necesarios para llenar sus deberes.

Añadiremos solamente a las reflexiones que acabamos de hacer, que las prácticas actualmente usadas en el interrogatorio de los testigos y de otras personas que han de deponer ante la Corte de justicia, nos parecen tan injustas como poco racionales. En efecto, nada es menos conforme a la dignidad de la justicia que ese sistema de sorpresa, que no hay vergüenza de emplear para llegar a lo que llaman descubrimiento de la verdad (23). Pensamos al contrario que nunca se concederá bastante tiempo a las personas que han de deponer ante las autoridades, para que reflexionen sobre lo que tienen que decir bajo la grave responsabilidad del juramento, o más bien del honor; porque nos parece haber llegado a una época en que se debe dar a la violación de la palabra de honor los castigos legales, que en tiempo de nuestros padres, que para todo hacían intervenir la religión que se tenía o que se afectaba tener, se inferían al perjurio. Al presente, como en tiempo de nuestros padres, el que es capaz de faltar a su palabra de honor lo es aún más de faltar a sus juramentos.

Dos siglos ha que la indiferencia en materia de religión se va haciendo cada día más dominante, y no son raros los hombres, muy respetables por otra parte, que no profesan más religión que la del hombre de bien, es decir, la observancia

escrupulosa de las leyes del honor. Tomemos a los hombres tales como son y no como los interesados en el fraude han querido que fuesen. El deseo de hacer intervenir a la religión, y por ella a sus ministros, en los negocios de la sociedad civil, ha sido el único motivo de fundar las transacciones humanas sobre la santidad del juramento. Más adelantados que nuestros padres, aprovechémonos de su experiencia y de la nuestra: no olvidemos que en todo tiempo los sacerdotes han enseñado a los pueblos *que el juramento que no debía prestarse, no debía cumplirse*: he aquí su religión.

En materia de honor, al contrario, lo que se ha creído y se creará siempre es *que la palabra de honor que no se debe cumplir, no se debe empeñar*, pero una vez empeñada, el más abyecto de los hombres, que no se avergonzaría de un falso juramento, se avergonzará cuando no pueda decir *todo está perdido menos el honor* (24).

§ 57

Bajo el nombre de independencia del poder judicial comprenden los publicistas no solamente su inamovilidad, sino también su irresponsabilidad. Hay en esto una confusión de ideas, que hemos tratado de evitar en el § precedente, notando que *independencia del poder judicial* quiere decir *independencia de los agentes de este poder*; y que ella se refiere a los agentes de los poderes legislativo y ejecutivo, de modo que ni su nombramiento, ni su conservación ni su promoción dependan de los agentes de los otros dos poderes políticos, así como los diputados, los pares o senadores; y los agentes del poder ejecutivo no podrán depender en esto ni los unos de los otros, ni de los del poder judicial. No siendo cada uno de estos tres poderes sino delegaciones nacionales, no pueden hacerse sino mediante una elección nacional. Así, los miembros que *componen la persona moral del magistrado*, como lo hemos notado ya, deben ser escogidos, del mismo modo que los miembros de los otros poderes políticos, por los electores que designe la ley constitucional del Estado.

Por la voluntad de estos electores, pues, pueden ser trasladados los agentes del poder judicial, con tal de que ellos y las partes, cuyas causas están pendientes en su tribunal, consientan en esta traslación. Notemos, sin embargo, que no teniendo esta condición otro motivo que el interés de las partes que tienen causas pendientes, solo en caso de que éstas se negaren a la traslación, será permitido al miembro del tribunal elegido, para pasar a otro, negarse a ello. Veremos después, cuando se trate de las elecciones, qué carácter deben tener éstas, para que las traslaciones de los miembros de los tribunales puedan estar al abrigo de la intriga.

§ 58

Comprendiendo los publicistas la irresponsabilidad de los magistrados entre los elementos de su independencia, no se han guiado más que por el valor etimológico de esta palabra; método por desgracia muy empleado por los sabios cuando se trata de definir; porque es muy cómodo, y aun sería muy bueno si los hombres conservasen siempre a las expresiones la significación que tenía en su primer origen. ¿Pero quién ignora que con el curso de los tiempos, y a medida de los progresos de las ciencias, las palabras tomadas por ellas del lenguaje común reciben sucesivamente alteraciones que las alejan más y más de su significación primitiva, y aún más de las raíces en que han tenido origen? Los filósofos que prefieren buscar el valor de las palabras en su raíz, corren, pues, gran riesgo de descaminarse. Debían buscarlo, más bien, en el uso de los que las emplean en el caso de que se trata, y en el arte o la ciencia a que pertenezcan.

Para formarse idea de los defectos de tal método, basta saber que es una de las principales fuentes de los más graves errores científicos en general, y sobre todo de la filosofía.

Es, pues, un error creer que los magistrados dejarían de ser independientes, si no fuesen del todo irresponsables. En una república todo empleado público, excepto los jurados, en el acto de pronunciar sobre la existencia de un delito y sobre la intención de los culpables, está sujeto a responsabilidad

ante los tribunales. En las monarquías constitucionales debe añadirse a esta excepción la del soberano para los actos firmados por él y autorizados por los ministros de Estado. Sin este principio, los actos de los empleados públicos llegarían a ser enteramente arbitrarios, y entonces el gobierno, viciado en su esencia, ya no sería constitucional, sino despótico bajo formas constitucionales.

Así, cualquiera que sea la naturaleza del pleito, cada uno de los miembros del tribunal es responsable, en lo que mira a las atribuciones de su empleo, de la observancia de las leyes de procedimientos. El juez letrado es responsable, además, de la mala aplicación que haga de la ley realmente existente al caso en cuestión, siempre que esa aplicación no haya podido hacerse sin designio culpable.

Los jurados, en fin, son responsables, además, de la violación de las formas, siempre que en las causas civiles se les pueda convencer de que, contradiciendo su conciencia, hayan fundado sus decisiones en razones contrarias a los principios generalmente recibidos, en el arte o la ciencia a que la cuestión se refiera; porque los jurados en materia civil deben siempre motivar sus decisiones. Solo en materia criminal deben estar dispensados de ello, por la sencilla razón de que su convicción no siempre puede explicarse.

§ 59

Sujetos los magistrados a responsabilidad, es necesario que la ley determine en qué casos, de qué decisiones, ante qué autoridades y en qué forma deberán interponer sus recursos las partes que se creyeran agraviadas. No podemos extendernos sobre esto. Como los pleitos en materia de poca importancia son los más frecuentes, en todos los países se ha conocido la necesidad de establecer una jerarquía judicial. Los jueces de los grados inferiores, destinados a conocer de los negocios menos importantes, se hallan esparcidos en gran número en toda la extensión del país, mientras que los que ocupan un lugar más elevado son menos numerosos y tienen una jurisdicción más vasta. El número de estos grados de

la jerarquía judicial y la extensión de su jurisdicción varían en cada país. Casi en todas las naciones las partes, ya por sí mismas, ya por procurador, llevan sus causas ante tribunales residentes en lugar determinado. Pero en algunos países los tribunales de segundo o de tercer orden recorren en ciertas épocas las ciudades principales, para juzgar los pleitos que, por su importancia, no pueden entablarse sino ante ellos; y para conocer en las apelaciones de las sentencias de los jueces inferiores en que la ley permite este recurso.

Sería imposible comprender en este compendio, de una manera bastante clara, el sistema que concebimos; daremos los pormenores en la segunda parte de este curso. Bástenos decir por ahora que creemos haber combinado las ventajas de las cortes de justicia residentes con las de los tribunales superiores, que llevan la justicia a la puerta de cada ciudadano, como dicen en Inglaterra: con la diferencia, sin embargo, de que lo que no es más que una ficción en ese país tan admirable bajo otros respectos, es, si no nos engañamos, una realidad en el sistema que proponemos.

Por lo que hace a los recursos que, ante las cortes de más alta jurisdicción se interponen de las sentencias de instancias inferiores, deben distinguirse los de apelación de los de nulidad; porque estos no podrían impedirse sin cometer una grave infracción del derecho natural. Pero la apelación no debe permitirse, si la sentencia ha recaído en una causa de la competencia del tribunal que la hubiera pronunciado, a menos que solo haya intervenido una pequeña mayoría, porque en este caso la equidad natural exige que sea permitido a la parte condenada apelar a otros jueces, y entonces es más racional y más conveniente que la causa sea llevada a un tribunal de superior jerarquía.

Por lo que hace a los recursos de nulidad, nunca se admirará bastante el falso aspecto bajo el que lo han visto los publicistas que, siguiendo los errores de los legisladores, limitan las atribuciones de la Corte, ante la cual se presenta el recurso, a confirmar o anular la sentencia de la instancia inferior; sin que se tome en consideración la conducta de los

jueces, a quienes, por este solo hecho, se declara prevaricadores, o sospechosos por lo menos de prevaricato, como si esto fuera indiferente a los intereses de las partes, y al orden moral de la sociedad entera.

El recurso de nulidad es una verdadera acción criminal, dirigida por la parte que la entabla contra los magistrados a quienes acusa de haber faltado a sus deberes. La justicia pública no puede, pues, desatender tan grave acusación. Es escandaloso que se declare la nulidad de una sentencia, por la violación que han hecho los jueces de las leyes de que se llaman defensores y depositarios; y que después de haber revelado así al universo que estos jueces han quebrantado sus juramentos, la corte se contente con enviar a las partes a correr nuevos riesgos y a hacer nuevos gastos en otro tribunal, mientras que los jueces sigan tranquilamente en el pacífico goce de sus honrosos empleos.

§ 60

Concluiremos este artículo esclareciendo una expresión tan generalmente usada como mal comprendida, por el método, que ya hemos reprobado, de definir las palabras según su etimología, y no según el sentido que le dan los que se sirven de ellas en las mismas circunstancias. En todos los países constitucionales se ha adoptado el principio, proclamado siglos ha en Inglaterra, de que *cada uno debe ser juzgado por sus pares*; y tomando la palabra *pares* en el sentido ordinario, parece que se quiere decir que cada uno debe ser juzgado por hombres de su clase. Sin embargo, enunciada de este modo la máxima británica es absurda; porque en el número infinito de gradaciones de la jerarquía social, ¿cómo podrían proporcionarse los jueces, de suerte que cada uno fuese juzgado por hombres de su clase?

¿Se nos querrá transportar a la época en que nació esta máxima, cuando se consideraba a toda la nación dividida en dos solas clases: la nobleza y la plebe? La máxima no puede ser verdadera, es decir, no tiene significación ninguna sino en aquel caso, y tanto en la monarquía constitucional de Francia,

en que no hay nobleza, como en las repúblicas, donde no puede haberla, el principio de que cada uno sea juzgado por sus pares significaría entonces que cada uno debía ser juzgado por todos.

Pero aun en los países en que hay dos clases, este principio, entendido como lo entienden los jurisconsultos, no presenta sentido racional. En todo pleito hay un actor y un reo; suponiendo, pues, que el uno pertenezca a la nobleza y el otro a la plebe ¿de cuál de los dos estados deberán ser los jueces?, porque los dos se presentan para ser juzgados.

Los publicistas habrían debido reflexionar que en la época en que el principio de que hablamos tuvo su origen en Inglaterra, la plebe y la nobleza estaban allí, más que en ningún otro país, en un estado de hostilidad permanente. Los reos no recusaban, pues, como sospechosos a los jueces de la clase del acusador, por la distinción de clase, sino por la oposición de ánimos que reinaba. De modo que la máxima británica no se refería a la distinción de clase precisamente, sino a la desconfianza que esta distinción inspiraba. *Cada uno debe ser juzgado por sus pares* significa, según esto, que cada uno debe ser juzgado por personas, contra las que no pueda oponer justas razones de desconfianza. En ese sentido, la máxima no solo es verdadera en todos los países, sino que es un principio tan sólido como luminoso de la teoría del poder judicial, y una de las seguras garantías de las libertades públicas en todos los gobiernos constitucionales.

ARTÍCULO V

Del Poder Electoral

§ 61

Consideramos investidos del poder electoral a los autorizados por la ley, sea para elegir, sea para nombrar a los empleados. Ninguna parte del derecho constitucional es más importante que la destinada a fijar los principios de este poder,

base fundamental de todos los otros. Pero por una especie de fatalidad ha sido la parte más descuidada por los publicistas. Probidad, la generalidad de conocimientos que da una educación liberal, ser de treinta o cuarenta años (pues sobre este punto hay discordancia) y tener cierta fortuna: he aquí las únicas calidades que en todas partes se exige para ser elegido diputado a la Cámara de los Comunes. En cuanto a la de los pares no se exige más que cierta edad, por ejemplo, de treinta años; por lo demás, basta que el candidato tenga el favor del rey, o que la suerte lo haya hecho hijo o sobrino de un *par*.

Para ser senador donde no hay *pares*, se exige que el candidato tenga algunos años más de edad, y una renta más considerable que para ser diputado. En fin, para ser elector se necesita también tener cierta edad y cierta renta.

Los legisladores, que han fundado sus sistemas de elecciones sobre las bases que acabamos de exponer, han olvidado que la condición principal para ser elegible es poseer la confianza del elector, y que, si un ciudadano no goza de esta confianza, se atentaría contra los derechos del elector y del elegible impidiendo a éste encargarse de la defensa de los intereses del otro, cuando no se lo embaraza ningún delito.

Pero, se dirá, que no basta que un elector diga que tiene confianza en el electo; porque estando destinado a ser representante de la nación, es necesario que ésta tenga garantías que le aseguren su capacidad.

Al presentar esta objeción no se ha pensado que nadie puede llegar a ser diputado o senador, si no reúne la mayoría de votos establecida por la ley, y que esta mayoría constituye, aun en los sistemas actuales, la verdadera garantía de la capacidad del elegido, porque no se le cree capaz por la edad que tiene o por la fortuna que posee, sino porque ha sido escogido por la mayoría. entre otros, que teniendo tanta o más fortuna, e igual o mayor edad, no tienen la capacidad requerida.

No deben, pues, buscarse en la edad ni en la fortuna las razones en que se funda la presunción de capacidad. Tampoco deben establecerse como motivos de presunción legal

condiciones que, excluyendo igualmente al capaz y al incapaz, son por esto solo otros tantos actos de tiranía legislativa; porque no puede despojarse por una ley al ciudadano capaz de una capacidad que no ha recibido de la ley, sino de la naturaleza y de la confianza de sus conciudadanos, y por tanto solo puede despojarlo de ella una sentencia judicial, que lo declare culpable de un delito al que la ley haya aplicado tal castigo. No puede negarse que la ley constitucional, para evitar las malas elecciones, que pueden hacerse por la intriga de unos y la ligereza de otros, debe establecer principios que reglen la conducta de los electores. Pero estos principios no deben jamás hallarse en oposición con los derechos de los electores o de los elegibles, como sucede con los principios adoptados en los sistemas generalmente recibidos.

Creemos haber llegado más seguramente a la resolución de este importante problema, desechando, ante todo, como falso el principio generalmente adoptado que para ser elector o elegible basta tener esa generalidad de conocimientos que da la buena educación. No, ya hemos dicho que los diputados, así como los pares y senadores, tienen que representar intereses especiales. Los electores y elegibles, pues, deben tener los conocimientos especiales que se refieren a sus intereses: los unos para poder sostenerlos y los otros para poder elegir a los más capaces de sostenerlos.

Por eso señalamos al principio (§ 7) las clases cuyos intereses especiales y conocimientos hasta cierto punto exclusivos, nos parece que exigen representación especial. Este supuesto, es evidente que las personas no comprendidas en dichas clases no podrán ejercer el derecho de elección; porque debe excluirse del ejercicio de este poder político a aquellos que, según los principios explicados (§ 6), no entren en el número de los ciudadanos activos.

Por otra parte, se concibe fácilmente que los ciudadanos, aunque sean activos, forman una jerarquía de diferentes grados, y que no todos se hallan en estado de conocer a los hombres más capaces de representar en la cámara legislativa los intereses de su propia clase. Pero todos pueden escoger,

en los grados inmediatamente superiores a su clase, personas, que, aunque carezcan de las calidades necesarias para ser diputados, se hallen, por sus conocimientos y por su situación social, bastante aproximadas a las que las posean, para poder elegir con acierto. Estos dos grados de elección, dejando a cada uno el ejercicio del poder electoral que se halla realmente en estado de ejercer, son para la nación otras tantas garantías del buen resultado de las elecciones.

Pero la importancia de la materia exigía de nosotros que nos aproximásemos por medios constitucionales a las dos condiciones que se encuentran en todas las constituciones y en todos los publicistas. Porque tenemos por principio respetar las opiniones apoyadas en autoridades respetables, por erróneas que nos parezcan a primera vista. La razón y la experiencia prueban que debe haber alguna importante verdad oculta bajo de ellas, que conviene tomar en consideración.

Nos ha parecido, pues, reflexionando sobre las condiciones que acabamos de mencionar, que su falta de constitucionalidad resultaba de que en nuestras sociedades modernas no se ha cuidado de fijar, por clasificaciones legales, las relaciones que pueden existir entre la edad o la fortuna, y la capacidad para ocupar los empleos importantes y obtener, en consecuencia, las ventajas tanto honoríficas como pecuniarias, con que deben ser justamente recompensados. Creemos esta necesidad social plenamente satisfecha con la institución de la jerarquía civil que hemos indicado (§ 8): institución que aprovecharemos, para ponernos de acuerdo con la exigencia generalmente admitida de cierta edad y cierta fortuna para ser elector o elegible. Porque admitiendo al ejercicio del poder electoral en primer grado a todos los ciudadanos activos sin excepción alguna, en la clase a que pertenezcan (§ 7), creemos que para ser elector en segundo grado, lo que supone una situación social más próxima a los hombres capaces de ser diputados, pares o senadores, es necesario haberse elevado por el voto de los conciudadanos a una de las clases más distinguidas de la jerarquía civil. Nos parece, pues, que todos los ciudadanos activos comprendidos en las diez primeras clases de las jerarquías mencionadas (§ 8) son aptos para electores de segundo grado.

Para llegar a ser diputado es necesario que se haya dado pruebas de cierta capacidad, y para que no se pueda poner en duda la validez de estas pruebas, deben ser ratificadas ante el tribunal de la opinión pública, mediante la promoción gradual hasta una clase superior de la jerarquía civil. Por esto creemos que los diputados no deben ser escogidos sino entre los ciudadanos de las seis primeras clases de la jerarquía civil, y que los pares o senadores solo deben tomarse de las cuatro primeras clases.

En las monarquías constitucionales se ha conferido al soberano el derecho de nombrar a los pares o senadores, cuando no lo son por derecho de nacimiento, pues la dignidad de par suele ser también hereditaria.

Todos han advertido que hay algo de opuesto a los principios constitucionales en estas dos disposiciones: así, los publicistas que se han encargado de defenderlas no han invocado más que lo que llaman *razones de alta utilidad*, ignorando que nunca puede traer utilidad la violación de los principios, porque es un absurdo decir que la haya en violar los deberes; y observar los principios es el primer deber del legislador.

Esas pretendidas ventajas de la estabilidad de la cámara alta y de su dependencia del trono, razones por las que los publicistas pretenden justificar el derecho de sucesión a la dignidad de par, y la prerrogativa concedida a la Corona de nombrar los pares, son otras tantas infracciones del sistema constitucional, es decir, de los más invariables principios del derecho común aplicado a la organización de las sociedades políticas.

Los pares ejercen los poderes propios de la cámara alta, conforme a los intereses de la nación; son, pues, representantes o mandatarios de la nación (§ 14), y por tanto es contradictorio pretender que su nombramiento dependa de otra persona que de las delegadas por la nación a este efecto: pero no convenimos en que esta delegación se pueda

racionalmente conferir a la Corona; porque toda delegación supone confianza, y la confianza no puede ser concedida sino cuando el mandato es revocable, por la sencilla razón de que el que nos inspira confianza hoy puede no inspirárnosla mañana; mucho más cuando la delegación de que se trata debe ser hecha no a cierto individuo, sino a todos los que ejercen cierto empleo. Representando los pares los intereses de las grandes divisiones territoriales (§ 15), y debiendo, por consiguiente, haber probado en los puestos eminentes que hubiesen ocupado, o por sus obras, que poseen los conocimientos de alta estadística, indispensables para ocupar dignamente asiento en el parlamento nacional, la Corona es indudablemente quien mejor puede escoger a los más capaces. No estamos, pues, distantes de conferirle el derecho de presentación, es decir, de formar la lista de los candidatos para que los electores de segundo grado elijan de ella a los miembros de la cámara alta. Pero esto no debe quitarles la libertad de elegir a cualquier otra persona que merezca, a juicio de ellos, ser preferida a los candidatos del gobierno, con tal de que pertenezca a alguna de las cuatro primeras clases de la jerarquía civil.

El uso contrario adoptado en algunos países, donde los electores son los que presentan los senadores, entre quienes ha de elegir el soberano a su voluntad, es anticonstitucional todavía. El soberano puede presentar, porque esto no coacta la libre elección de aquéllos, pero no puede convertirse en único elector, porque podría suceder que eligiese a los que fuesen menos dignos, en sentir de los verdaderos electores.

Hasta aquí solo hemos hablado de la elección de los diputados y de los pares o senadores. Mas la ley constitucional debe también reglar las elecciones y los nombramientos para todos los demás empleos. Nos resta, pues, hablar de los empleos que pertenecen a los poderes ejecutivo y judicial. En cuanto a este último, hemos observado ya (§ 54) que es grave error conceder su nombramiento al gobierno, es decir, a los agentes del otro poder. La magistratura solo puede, pues, formarse por elección nacional.

No diremos lo mismo de la elección de los agentes del poder ejecutivo. Siguiendo el orden jerárquico de este poder, los agentes de un grado inferior deben siempre ser nombrados por el jefe de la sección a que pertenezcan como subalternos, pero este nombramiento no debe recaer sobre personas presentadas, por una elección verdaderamente nacional, al jefe investido del derecho de nombrar.

Llamamos verdaderamente nacional la elección que se hace por el voto de todos los ciudadanos, cuyos intereses dependen de la buena o mala elección del candidato, y que hallándose en estado de emitir su opinión sobre esto, pueden y deben ser llamados a concurrir con sus votos.

Siempre que se trata de nombrar para cualquier empleo en alguna de las doce clases mencionadas (§ 7), hay cuatro órdenes de personas pertenecientes a esta misma clase, en las que se verifican las dos condiciones de que acabamos de hablar, a saber: 1.º las del grado mismo del empleo, 2.º las del grado inmediatamente superior, 3.º y 4.º las de los dos grados inmediatamente inferiores.

Explicaremos nuestra idea: Cualquiera que sea el empleo que se trata de proveer, excepto los del primer grado inferior, todas las personas de la misma clase y del mismo grado del empleo en cuestión, pueden pretenderlos, y estos son los candidatos en primera línea. Después de estos vienen los empleados del grado inmediatamente inferior, que tienen asimismo derecho a ser promovidos, cada uno en razón de su capacidad individual.

Esto es en cuanto a las personas elegibles: vengamos a los electores. ¿Quiénes son los que, estando interesados en la bondad de la elección, son aptos para emitir juicio sobre la capacidad relativa de los candidatos? La respuesta no es difícil porque fácilmente se conoce que son todos aquellos que en calidad de colegas, o de superiores, o de subalternos inmediatos de los candidatos, no pueden dejar de haber tenido ocasión de apreciar su mérito.

Así, si el empleo vacante fuese del cuarto grado de la jerarquía civil, todas las personas de la clase a que perteneciere este empleo, y que estén comprendidas en el cuarto o tercer grado jerárquico, serán otros tantos candidatos que podrán aspirar a él, y, por consiguiente, deberán ser electores: 1.º todos los del tercer colegas de los candidatos del tercer grado, 2.º todos los del cuarto en calidad de colegas de los candidatos del cuarto grado, y de superiores inmediatos de los del tercero, 3.º los del quinto en calidad de superiores inmediatos de los candidatos del cuarto orden y 4.º los del segundo grado en calidad de inferiores inmediatos de los candidatos del tercer grado.

El método que acabamos de exponer no debe, sin embargo, aplicarse a la elección de los funcionarios que, no perteneciendo por su empleo a alguna de las doce clases más particularmente que a otra, deben tener por electores a todos los ciudadanos de los grados de la jerarquía, superiores al de los candidatos, a los del grado inmediatamente inferior y a los de su mismo grado. Repetiremos aquí la observación que hemos hecho (§ 21) hablando de la votación en las cámaras legislativas: que los votos no deben ser viriles sino *curiales*, de donde resulta que, debiendo contarse juntos todos los votos de los electores de un mismo grado, la mayoría de cada grado no forma más que un voto.

Hemos supuesto que el empleo que se trata de proveer se halle vacante. Pero el sistema constitucional no puede limitar las elecciones a este caso. Hay sin duda graves inconvenientes en cambiar frecuentemente de empleados, pero los hay aún más graves en conservar en los empleos a hombres que no sean dignos de ocuparlos.

Es verdad que se les puede obligar a responder de su conducta, y destituirlos cuando no correspondan a lo que había derecho de esperar de ellos. Pero las dificultades de hacer efectiva esta responsabilidad ante los tribunales y los peligros de las destituciones arbitrarias son muy conocidos, para que

se pueda tener mucha confianza en que estos medios garanticen al Estado el cumplimiento exacto de los deberes de los funcionarios públicos. Convencidos de su insuficiencia, los legisladores de todos los países constitucionales han conocido la necesidad de suplirla respecto de los diputados encargados de una parte del poder legislativo, y no han tardado en conocer que la única verdadera garantía consiste en someter a elecciones, más o menos frecuentes, la cuestión de continuar o retirar el mandato a estos encargados del poder. Nada es más natural, porque el primer cuidado de todo hombre que da alguna importancia a sus intereses, debe ser sin duda observar la conducta de las personas encargadas por él de sostenerlos o administrarlos, con el fin de retirarles su confianza luego de que no correspondan a ella.

Lo que debe admirar es que los publicistas, después de haber presentado la cuestión de la responsabilidad bajo un punto de vista tan luminoso, hayan limitado su aplicación a solo los diputados miembros del parlamento nacional, a los miembros de las administraciones municipales y a los jurados. Nosotros, al contrario, pretendemos que se someta a todos los empleados públicos, con excepción solo de la Corona, a elecciones periódicas al principio de cada año; porque sería atentar contra los derechos de la nación obligarla a conservar en sus empleos a funcionarios que hubiesen perdido su confianza.

No siendo, pues, la provisión de los destinos vacantes el único objeto de las elecciones, sino el de saber además si se continúa o retira a los empleados actuales la confianza que antes se les había acordado, se sigue que estos empleados entran en cada elección en el número de los candidatos para el empleo mismo que ocupan. Sin embargo, no se les debería tratar absolutamente de la misma manera que a los otros candidatos; porque sentado el principio de que para no ser empleado basta tener en contra la mitad de los votos, bien se ve que habría injusticia en aplicarlo al actual ocupante del destino, estableciendo que deba perderlo cuando la mitad de los votos le fuese contraria. Todo hombre que

conoce la táctica de las elecciones sabe con cuánta facilidad la cábala y la intriga pueden arrancar a un empleado, antes popular, un gran número de votos. A esta consideración es necesario añadir que el que ocupa un destino no solamente tiene en su favor los votos que ha obtenido en la última elección, sino también los de los electores, que, habiendo contribuido a ponerlo en el puesto que ocupa en las elecciones precedentes, no han tomado parte en las últimas; porque es de presumir, si no se prueba lo contrario, que ellos le habrían dado también su voto en las últimas elecciones si hubiesen tenido proporción de votar. Así, nos parece que, aunque baste tener en contra la mitad de los votos para perder el empleo que se solicita, debe establecerse como principio, que, para perder el que se ocupa se necesiten dos tercios de votos contrarios.

Así, regla general, cuando un empleado, cualquiera que sea el poder a que pertenezca, ejecutivo, legislativo o judicial, no hubiere obtenido más que un tercio de votos, mientras que otros candidatos hayan obtenido un número mayor, debe considerarse por este hecho depuesto del empleo que ocupaba.

Pasemos a considerar la forma misma de las elecciones. No podemos aprobar ninguna de las formas que conocemos; ya porque el secreto es una condición esencial de ellas, ya porque la forma de la votación no tiene relación con lo que los electores quieren expresar por sus votos, ya en fin por las consecuencias contrarias al fin mismo de las elecciones, e inseparables de tumultos que las formas actuales no pueden evitar.

Pensamos que es necesario proscribir el secreto, siempre que se trate de los deberes que se tenga que cumplir respecto del Estado. La garantía más segura que se puede ofrecer a la nación de la exactitud de los empleados en el ejercicio de sus funciones, es la publicidad, sobre todo si se hace a los electores responsables, dentro de los límites señalados por la ley, de la conducta de las personas a quienes hubieren acordado sus votos.

Pero, se dirá, el elector tímido si es honrado votará según su conciencia cuando sea favorecido por el secreto del escrutinio, mientras que, obligado a votar en público, no se atreverá a disgustar al hombre poderoso que le hubiese pedido su voto para alguno de sus protegidos.

Los publicistas que hacen uso de semejante argumento han olvidado que lo que prueba mucho no prueba nada. En efecto, si esta razón fuese buena, sería aplicable a los miembros del cuerpo legislativo, que tienen también frecuentemente que votar contra los intereses más caros de los poderosos del país; y, puesto que entre ellos debe haber algunos tímidos, sería necesario que los debates fueran secretos.

Los jueces que tienen que fallar sobre objetos que interesan mucho más a litigantes poderosísimos, o sostenidos por grandes protecciones, tendrían derecho a exigir que la ley viniese en auxilio de su probidad, permitiéndoles juzgar en secreto para no comprometer la libertad de sus votos; porque también ellos temerán provocar la cólera del poderoso, ofendido con la sentencia que deben firmar, y a la que contribuyen con su voto.

Lo absurdo de estas consecuencias debía haber hecho reflexionar a los publicistas, cuya opinión combatimos, sobre la falsedad del principio que adoptan como base de su sistema de elecciones, porque se les podría redargüir, que si el elector es honrado y tímido, no se atreverá a despreciar la opinión, votando en alta voz en favor de un candidato indigno, mientras que, seguro de poder ocultar su debilidad bajo el velo del escrutinio, sucumbirá a las sollicitaciones de los poderosos, cuya suspicaz vigilancia no es fácil engañar, ni con la ayuda del escrutinio secreto.

¿Cómo no han visto estos publicistas que, cubriendo con el velo del secreto a todos los electores vendidos a la corrupción y a la intriga, rompían el único freno que puede contenerlos: el respeto al público, y que al mismo tiempo destruían el único medio de reprimir los abusos, que los

electores infieles pueden hacer de sus mandatos? Porque, si se ignora cómo les han dado cumplimiento, ¿con qué derecho se les podrá despojar de ellos?

Decimos que la forma de la votación actual no corresponde a lo que los electores deben expresar por sus votos. En efecto, lo que se exige de cada elector es que designe al candidato que juzgue más digno del empleo, y de esto se ha concluido que el que tuviere mayor número de votos es el elegido por la nación. Esta conclusión es falsa, y, para probarla, basta reflexionar que si se preguntase a cada uno de los electores, concluida la elección, cuál de los candidatos le parecía más digno después de aquel por quien hubiese votado, tal vez todos convendrían a favor de un mismo candidato, que llegaría por esto a obtener una mayoría poderosa que aquel que ha sido preferido.

Al adoptar la forma de la elección actual, se ha olvidado que no se trata de saber cuál de los candidatos tiene la preferencia a los ojos *de cada elector*, sino cuál goza de más alto grado de estimación, en la opinión general de *todos los electores*. Esto no se puede conseguir sino exigiendo que cada elector clasifique en una lista a los candidatos según el grado de aprecio que cada uno tiene, a su juicio, y juntando los grados de estimación que hayan cabido en suerte a cada candidato en las diferentes listas, se puede mirar como resuelto el problema que se había propuesto.

No somos nosotros los primeros que hayamos hecho esta observación. Mas ¿por qué no se han penetrado de ella tantos talentos distinguidos, como se han ocupado en regularizar el sistema de elecciones de los diferentes países constitucionales? Es porque los escritores que han hecho esta observación no han procurado sacar ventajas de ella, para reformar los métodos acostumbrados de elección, o los han propuesto tan complicados, que, aunque muy sabios por otra parte, y algunas veces muy exactos, no era posible confiar su ejecución a electores, cuya limitada y desigual capacidad no podía ni comprender ni los métodos ordinarios.

Creemos haber removido esta dificultad con el método que desenvolveremos en la segunda parte de este curso, destinada a todo lo que exige una exposición mas menuda, y que no podría comprenderse en ésta, que se ocupa solo de los principios generales de la ciencia.

Lo que en general podemos decir por ahora es que cada elector reciba en su casa una lista de los candidatos elegibles para el puesto que se trata de proveer; y que, según el método que se describirá en la segunda parte de este curso, forme nueva lista en que los clasifique, según el grado de estimación que crea deber acordar a cada uno de ellos.

El elector en persona entrega esta lista a la mesa reunida en sesión pública el día fijado por la ley, o bien la envía al presidente. El plan que proponemos suministra medios de asegurar tanto la remisión de estas listas como su integridad, o el descubrimiento de su falsificación si sucediese.

De este modo evitamos muchos inconvenientes de las reuniones forzosas de los métodos actualmente usados, porque el gasto del viaje y morada, y desorden de los negocios en este intervalo; las molestias de las discusiones inevitables en semejantes asambleas; y, en fin, la repugnancia que las personas pertenecientes a ciertas clases sienten en reunirse con personas de otras, son otros tantos poderosos motivos que mueven a un crecido número de electores a buscar toda especie de excusas, para no presentarse en las asambleas electorales, cuya suerte queda desde entonces abandonada a los instrumentos de la cábala, de la intriga, y, en fin, a toda la influencia del poder.

En nuestro sistema puede el elector, sin mudar de residencia, presentar su lista a la mesa encargada de examinar todas las que le llegasen.

La lista resultante de este escrutinio manifiesta todos los candidatos, colocados según el grado de estimación de que cada uno goza en la opinión general de los electores.

Si el empleo pertenece al poder ejecutivo, el jefe del departamento nombrará para él, entre las personas de esta lista,

la que crea más propia para ejercer sus funciones. Pero si se trata de un empleo perteneciente al poder legislativo, o al poder judicial, nadie tiene autoridad para cambiar el orden de la lista definitiva. El que ocupare el primer lugar será también el que de preferencia deberá ocupar el empleo, y solo podrán ser llamados al ejercicio de este empleo, en calidad de suplentes o de sucesores de aquél, los que sigan en dicha lista, y en el orden en que se hallen colocados.

Por este método se superan los inconvenientes que traen consigo los métodos generalmente seguidos para nombrar suplentes; y que son uno de los grandes defectos de todos los sistemas de elección que conocemos.

Nos queda por hacer una observación sobre las consecuencias de las falsas ideas que los publicistas conservan acerca del poder electoral. Habitados a considerar los derechos que poseemos como cosas de que podemos aprovecharnos o no, según la propia voluntad, han concluido que es permitido al ciudadano que tiene derecho de ser elector, ejercerlo, o abstenerse de ello; no puede darse doctrina más falsa, sobre todo si se trata de los electores de segundo grado, que siendo, como hemos dicho, mandatarios de la nación, no son libres para cumplir o no cumplir el mandato de que están encargados por los electores de primer grado, de parte y en nombre de la nación.

En cuanto a estos electores de primer grado, son también mandatarios de la parte de la nación, que no es admitida al ejercicio de los poderes políticos, y cuyos intereses deben serles queridos. Sus mujeres, sus hijos se hallan en esta incapacidad de ejercer el derecho de elección, y pueden hallarse en ella también muchos de sus deudos y amigos. Así, no pueden dejar de votar, sin traicionar los deberes que constituyen los más sagrados lazos del orden social.

ARTÍCULO VI

Del Poder Conservador

§ 62

Ya observamos que la mayor parte de los publicistas no hacen mención más que de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial; que muy pocos cuentan en este número al poder electoral; y en cuanto al poder conservador, si se exceptúa la primera indicación que Mr. Benjamin Constant ha hecho de él, bajo el nombre de *poder moderador*, no conocemos a otro publicista que haya prestado a esto la atención que merece; y en nuestra opinión los redactores de las dos constituciones brasilera y portuguesa merecen grandes elogios por haber desenvuelto, en el capítulo del *poder moderador*, nociones que en vano se buscaría en otra parte.

Sin embargo, es necesario decirlo, la idea verdaderamente nueva del ilustre publicista francés, presentada bajo este punto de vista particular, estaba lejos de ser completa.

Ciertamente el monarca tiene que ejercer funciones, que no siendo legislativas, ni ejecutivas deben designarse con otro nombre, y como su objeto es conservar el equilibrio y la armonía de los poderes, es bastante adecuado el nombre de *poder moderador*.

En países muy distantes de Europa, y en una época en que los trabajos del célebre escritor que acabamos de citar nos eran enteramente desconocidos, nuestras meditaciones sobre la organización social nos habían conducido también a distinguir el quinto poder político, al que hemos dado el nombre de *poder conservador*. Pero hemos creído encontrarlo no solamente entre las atribuciones de la Corona, sino también entre las de los agentes supremos de todos los otros poderes políticos; es decir, las cámaras legislativas, la suprema magistratura y los electores, todos deben tener, además de las atribuciones propias de la denominación que los distinguen,

atribuciones señaladas por la Constitución y dirigidas al mismo fin de conservar la armonía y el equilibrio del edificio social, principalmente cuando pudiera hallarse amenazado.

En cuanto a las cámaras legislativas, en todas las constituciones se encuentran, entre sus atribuciones particulares, cierto número de atribuciones puramente conservadoras. Pero en cuanto a los agentes supremos del poder judicial, lo mismo que respecto de los electores, no parece que se haya aún conocido la necesidad de concedérselas; aunque es verdad que algunas veces se ha autorizado a las cortes superiores de justicia para entablar pesquisas de oficio, cuando sepan de algún atentado dirigido contra los poderes políticos del Estado.

Procuraremos suplir en nuestra segunda parte este olvido tanto de los publicistas como de los legisladores, cuando tratemos de completar lo que mira al derecho de pesquisa de que acabamos de hablar, en cuanto a los agentes supremos del poder judicial; y cuando desenvolvamos nuestras ideas acerca de los actos del poder conservador, que tienen que ejercer los electores tanto del primero como del segundo grado, siempre que creyeran amenazadas las libertades públicas, por infidelidad o por negligencia de sus mandatarios (25).

SECCIÓN SEGUNDA

**DERECHO PÚBLICO EXTERNO, O
DERECHO DE GENTES**

ARTÍCULO I

Introducción

§ 1

Derecho público externo, o derecho de gentes, es el conjunto de principios que arreglan, conforme al interés general de las naciones y a las relaciones de unas con otras, el ejercicio de los derechos naturales, propiedad, libertad y seguridad, que pertenecen tanto a cada una de las naciones como a cada uno de los individuos de que se componen. Cuando estos principios han sido reconocidos por convenciones, o por el uso entre las naciones, su reunión forma lo que se llama *derecho de gentes positivo*. Pero cuando, independientemente de todo reconocimiento de parte de las naciones, el publicista los expone deduciéndolos de los principios generales del derecho universal, se les da el nombre de *derecho de gentes natural o filosófico* (1).

ARTÍCULO II

De la independencia de las naciones

§ 2

Al reunirse los hombres para formar un solo cuerpo de nación, han convenido en delegar a ciertas personas el ejercicio de los cinco poderes políticos, de que hemos hablado en la primera sección de este curso; y obligándose por esto a respetar las decisiones de sus mandatarios, mientras conservaren sus poderes, se han puesto bajo la dependencia de ellos.

Pero las naciones es raro que convengan en delegar estos poderes para que se ejerzan sobre ellas. Arreglan sus intereses recíprocos por negociaciones; y cuando no obtienen el resultado que cada una esperaba, recurren a la fuerza, para sostener lo que cada una llama su legítimo derecho. Para designar esta carencia de todo compromiso equivalente a un pacto social, se dice que las naciones son independientes entre sí. Mas como, en otro sentido, toda nación débil se encuentra forzosamente bajo la dependencia de las que son más fuertes, en lugar de la palabra «independencia» se usa la palabra «soberanía», cuando se quiere hablar de la independencia de las naciones, en el sentido que acabamos de dar a esta palabra.

§ 3

Puesto que solo en virtud de un pacto expreso pueden dos pueblos ponerse bajo la dependencia de un gobierno común, les es sin duda lícito rescindir aquel pacto, concediéndose recíprocamente las compensaciones y resarcimientos a que cada uno pudiere tener derecho.

§ 4

Pero cuando no ha habido convenio que los obligue a atenerse a las decisiones de una tercera potencia, se sigue, según lo dicho (§. 1), que en caso de que uno de los dos pueblos se oponga a la separación, ninguno de ellos está obligado a admitir la mediación extranjera, que pretenda intervenir en su querrela. Pero, por otra parte, ésta no está impedida de dar a uno de ellos los socorros que solicite, o quiera recibir, para forzar al otro a convenir en la separación con condiciones equitativas.

§ 5

Con mayor razón es lícito a cada Estado reconocer en semejante caso a los dos pueblos que antes formaban un solo cuerpo de nación, como dos naciones ya independientes, no obstante la oposición que una de ellas, acusando a la otra de una revolución injusta, pudiera hacer a este reconocimiento, porque no se puede dejar de ver como una extravagancia de parte del gobierno desposeído, pretender que las otras

naciones sufran las pérdidas y perjuicios que puedan sobrevenirles de la interrupción de sus relaciones con el pueblo insurreccionado, mientras que la impericia o debilidad de este gobierno le impida restablecer allí la autoridad que no ha sabido o podido conservar.

§ 6

Los publicistas hacen una distinción entre lo que llaman en este caso *reconocimiento de hecho* y *reconocimiento de derecho*, pero o no se han tomado el trabajo de determinar estas dos especies de reconocimiento, o han intentado hacerlo según las ideas confusas y erróneas que se encuentran en sus escritos sobre la legitimidad de los gobiernos.

Dejando, pues, todo lo que se pudiera oponer a sus doctrinas, nos basta recordar aquí lo que hemos dicho sobre esto (§ 35. Sec. I): que para que un gobierno sea mirado como legítimo, es menester que se halle en el trono, conforme a la ley de aclamación o de sucesión.

Cuando una potencia extranjera tenga, pues, que deliberar acerca del reconocimiento de otro gobierno, la cuestión se reduce a un punto de hecho, a saber: si este gobierno está a la cabeza de la nación conforme a la ley de aclamación o de sucesión. Pero entonces se trata precisamente de saber: cómo puede conocerse que el gobierno descansa sobre una de estas dos leyes. Ya hemos respondido a esta cuestión (§ 35. Sec. I). Siempre que en un país puede cualquiera manifestar libremente su repugnancia al gobierno actual, y sin embargo todos o casi todos lo obedecen, no se podrá dudar de su legitimidad por *derecho de aclamación*, si es jefe de una nueva dinastía; o por *derecho de sucesión*, si es el que la ley, que sigue a la aclamación, ha designado como sucesor a la Corona.

Así, de parte de una potencia extranjera, reconocer un nuevo gobierno no es más que reconocer un *hecho*, a saber: que es generalmente obedecido, a pesar de la manifestación que un número más o menos considerable hubiese hecho de la opinión contraria, pero como sobre este *hecho de la obediencia general* se funda, según el juicio común, aunque no

todos lo confiesen, el *derecho de mandar*, se llama a esta especie de reconocimiento *reconocimiento de derecho* y al gobierno reconocido, *gobierno de derecho*.

Mas cuando solo se reconoce *el hecho de una obediencia parcial*, de la que no puede concluirse que el gobierno tenga derecho de mandar, se llama a esta especie de *reconocimiento de hecho*, porque se limita a reconocer la existencia de este hecho parcial, sin poder pasar de allí a reconocer el derecho.

No se puede, pues, poner en cuestión si es lícito a un Estado reconocer la legitimidad del gobierno de otro, puesto que no se le puede disputar el derecho de descubrir la existencia o no existencia del hecho de una obediencia general (2).

§ 7

De que cualquiera nación pueda tomar el partido de un pueblo que combate por su independencia; y de que pueda considerar como gobierno legítimo de otra nación al que es generalmente obedecido, deducen algunos publicistas que, cuando diferentes partidos se disputan el poder en una nación, es permitido a cualquier potencia extranjera apoyar al partido que creyere con mejor derecho.

Estos publicistas incurren en un grave error confundiendo cosas enteramente distintas. Un pueblo puede tener derecho de separarse de otro pueblo con el que formaba una nación; cada pueblo tiene, asimismo, derecho de darse el gobierno que crea más conforme a sus intereses; y, por consiguiente, es permitido a cualquier nación proteger el ejercicio de este derecho en uno y otro caso. Pero nunca un partido ni un gobierno pueden tener derecho de imponer su autoridad a un pueblo; y por tanto no puede ser permitido a una potencia extranjera ayudarlos para que consigan sus pretensiones inicuas.

§ 8

Lo que es permitido a un pueblo no por eso es permitido a su gobierno; así, el gobierno, aun de acuerdo con los agentes del poder legislativo, no tiene autoridad para separar del

cuerpo del Estado a ninguna porción de sus conciudadanos. La nación no les ha concedido sus poderes para más, que para asegurar a cada uno la conservación del pacto social y no para romperlo o alterarlo a su antojo (3).

ARTÍCULO III

Del derecho de tránsito y mansión

§ 9

Todo contrato puede rescindirse con tal de que la parte interesada en la rescisión indemnice a la otra parte de las pérdidas que le resulten. Por consiguiente, cualquier ciudadano puede separarse de la nación de que hace parte, salvo el cumplimiento de los empeños lícitos que hubiere contraído. Pero cuando uno llega a otro país ¿se le debe recibir en él? Sin duda, porque nadie tiene derecho de oponerse a lo que no le causa ningún daño. La llegada de extranjeros a un país no puede dejar de ser provechosa a sus habitantes. Si el extranjero tiene riquezas o talento, se sacarán ventajas de sus riquezas o de su talento, y si es un vagabundo, en todo país bien administrado debe haber establecimientos destinados a convertir en útiles a la sociedad esos hombres cuya corrupción tiene su origen en el ocio. Y no se tema ver inundado de aventureros el país que adoptare este sistema; porque los vagabundos y criminales no se refugiarán en él, en razón de la facilidad de entrar, sino de la impunidad que esperen.

Por lo que hace a los vagabundos, basta hacerlos trabajar; y en cuanto a los criminales conocidos por tales, basta vigilar su conducta; porque para el país donde viene a buscar asilo solo data su existencia desde ese momento. Pero notemos que viniendo a implorar la protección de las leyes del país contra todo el que atacare sus derechos civiles, el extranjero contrae también la obligación de satisfacer, conforme a estas mismas leyes, las justas pretensiones de cualquiera contra él. Supongamos, pues, que llega acusado de algún delito

cometido, contra los bienes o contra las personas, en el país que ha dejado; y que el demandante, ya sea un particular o un representante del ministerio público del mismo país, se presenta después. Ciertamente de su derecho, que la fuga del culpable no ha destruido, no puede detenerse sino sobre la elección de los medios que debe emplear para hacerlo valer. No puede emplear para esto la fuerza ni el ardid; porque las leyes del país lo prohíben y no debe violarlas. Pero esta prohibición no puede tener por objeto despojar al demandante de sus derechos incontestables, para asegurar la impunidad al que ha osado violarlos. Ellas no prohíben el empleo de la fuerza o de la astucia, permitidas cuando no existe el pacto social, sino porque este pacto asegura a las partes injuriadas un medio mejor, y el único compatible con el bien general de la sociedad, para obtener reparación de las injurias que probaren haber recibido: tal es la queja ante los tribunales, cuya competencia no tiene otro origen que la prohibición hecha por la ley común a todo habitante de hacerse justicia a sí mismo. Esta prohibición es común a nacionales y extranjeros, sin distinción de los tiempos, ni de los lugares donde nació el derecho que se quiere hacer valer. Los publicistas yerran, pues, cuando pretenden que los tribunales del país son incompetentes para entender en los asuntos de extranjeros entre sí, y que han tenido origen en país extranjero. No solamente han desconocido la competencia, que acabamos de señalar de las autoridades constituidas, sino que tampoco han reflexionado que viniendo a someterse voluntariamente a las leyes del país, el demandante y el demandado han usado del derecho natural e indisputable de dar a los tribunales del país una jurisdicción sobre ellos, que no habrían tenido derecho de ejercer mientras residiesen en otra parte. Convertidos en habitantes del país, es necesario juzgarlos o expulsarlos.

Muchos publicistas son de la opinión de que, en casos de delitos muy graves, el extranjero sospechoso de haberlos cometido debe ser entregado al gobierno del país cuyas leyes ha infringido y que pide la extradición para juzgarlo. Pero estos publicistas comienzan por cometer una inconsecuencia, limitando arbitrariamente a ciertos casos el derecho de

extradición; y cometen la falta mucho más grave de autorizar al poder ejecutivo para atentar contra el derecho de la libertad de mansión del recién llegado al país, antes de que el poder judicial haya pronunciado que ha perdido aquel por un delito el ejercicio de este derecho; doctrina que solo puede hallarse en los códigos del despotismo. Mas para que el poder judicial decida si ha habido crimen de parte del refugiado, es necesario que el demandante lo acuse ante los tribunales del país. Si la causa es criminal, los jueces no pueden fallar sino conforme a las leyes de su país, sin atender a lo que se haya decidido en otra parte, aun cuando esta decisión haya pasado en autoridad de cosa juzgada; porque cabalmente contra esta decisión protesta el refugiado; y los tribunales que acusan no pueden comparecer con él ante el que debe condenarlo o absolverlo. Si la causa es civil, las leyes, según las que se ha celebrado el contrato, deben mirarse como la ley del contrato; y si el juicio ha sido seguido en otro lugar con consentimiento de las dos partes y la sentencia *ha pasado en autoridad de cosa juzgada*, el refugiado no tendrá que reclamar ante los tribunales del país, y las autoridades locales no pueden dejar de cumplir la sentencia en que ha consentido voluntariamente.

Pero, añaden los publicistas, los tribunales, aun conviniendo en que fuesen competentes, se presume justamente que ignoran la legislación de los otros países, y es o imposible o difícil que adquieran pruebas suficientes sobre hechos ocurridos en país extranjero. Si valieran algo estas dos razones cuando las dos partes son extranjeras, valdrían también cuando una o las dos fuesen nacionales. Pero en este último caso todos los publicistas convienen en que los tribunales son competentes y que no hay embarazo para que ejerzan su jurisdicción (4)

§ 10

Pasamos a la libertad de tránsito de las mercaderías. La necesidad de conceder libre tránsito al comercio extranjero es ya una convicción casi general entre los escritores y los hombres de Estado más célebres por sus conocimientos en materia de economía política, tanto por la abundancia

que acarrea al país esta libertad y por la actividad de los diversos ramos de industria que alimenta, como por la poderosa concurrencia de extranjeros que interesados en este comercio contribuyen a la conservación de los caminos, de los ríos navegables, de los canales y de los puertos. La naturaleza, variando las producciones y los climas, manda a las naciones que adopten por sus propios intereses esta libertad de comunicación; porque, lejos de perjudicar, facilitan por este medio la exportación de los productos de su suelo y de su industria.

§ 11

Lo que sobre todo debe tener libre tránsito, y lo que por su naturaleza parece que debe estar menos sujeto al monopolio de los gobiernos, es incontestablemente la correspondencia privada. Nada debe ser más sagrado a los ojos de los gobiernos que este depósito de los secretos del comercio, de la amistad y de las familias. Pero, lejos de esto, todos han conspirado para violar los principios más evidentes del interés privado y de la fe pública; porque no solamente se apoderan de la correspondencia exterior luego que toca las fronteras, sino que se le hace pagar un precio muchas veces superior a los gastos de transporte; y para colmo de abuso se avanzan a violar el secreto de las correspondencias, tanto públicas como privadas, sin que las partes perjudicadas que viven en países distantes tengan medio de perseguir a los que hayan empleado esta infidelidad para hacerles daño en su honor y en sus intereses. Así, la abolición del monopolio de correos y un reglamento más liberal y más equitativo para esta clase de establecimientos son unas de las más urgentes necesidades de las sociedades modernas.

§ 12

No diremos lo mismo del tránsito de las tropas por países neutrales, por los numerosos abusos que no pueden dejar de traer consigo con grave daño del país. Hay, pues, derecho de negarlo; pero cuando no se pudiera impedir se deberá exigir a lo menos que el ejército observe en su tránsito la más

exacta disciplina; que se le provea de los objetos que necesitare al precio común del comercio; y que si llegaren fuerzas enemigas a encontrarse allí, la neutralidad de territorio sea respetada, así como se acostumbra en todas las naciones que los buques de dos potencias beligerantes se abstengan de toda hostilidad, desde que se hallen en puertos o en mares de una nación neutral (5).

ARTÍCULO IV

De los tratados de alianza y de comercio

§ 13

Las mismas razones que han obligado a los hombres a reunirse en cuerpo de nación han inducido a los pueblos a ligarse por *tratados de alianza*, a fin de suplir por la reunión de sus fuerzas lo que falta a cada uno para rechazar los ataques de otras naciones más fuertes.

Si la alianza es para rechazar las agresiones, se llama *alianza defensiva*. Pero si se extiende también a prestar socorros a nuestra aliada, a fin de que obtenga por la fuerza el cumplimiento de lo que le es debido y que no puede obtener por medios pacíficos, en tal caso se da a la *alianza* el epíteto de *ofensiva*.

Cualquiera que sea la alianza que un tercero haya contraído con nuestro enemigo, se declara por este solo hecho en pleno estado de guerra con nosotros; y no se puede admitir la distinción que quieren hacer algunos publicistas entre la alianza contraída antes, en virtud de la cual se prestan únicamente los subsidios estipulados, y la que lo ha sido después de la guerra; porque el estado de guerra no depende de la cantidad de fuerzas con que se nos ataca, sino del hecho solo del ataque, y puesto que el tercero emplea contra nosotros tantas fuerzas cuantas ha creído conforme a sus intereses enviar en socorro de nuestro enemigo, esto solo basta para que miremos a las dos de la misma manera (6).

§ 14

Los tratados de comercio pueden tener por objeto la concesión mutua de algunos favores, mediante los cuales las dos naciones contratantes se colocan recíprocamente en una situación más ventajosa que la generalidad de las otras naciones, o convenir sobre algunos artículos de derecho de gentes, cuya observancia solo puede asegurarse mediante convenios expresos. Cuanto tiene de útil y aun de necesario esta segunda especie de convenios, tanto tiene la primera de inútil y contraria a la buena armonía entre las dos naciones; porque, siendo la mayor libertad posible de comercio un principio de economía política sobre que ya no puede disputarse, no deben existir favores o exenciones para naciones particulares; esto sería concederles un monopolio de que nosotros mismos seríamos víctimas.

Ciertamente nunca se conceden tales favores sin alguna compensación: pero si el gobierno con quien hemos tratado no ha olvidado los intereses de su nación, ganará su comercio y perderá el nuestro, o los provechos del suyo eran iguales a los del nuestro. En el primer caso habremos perdido; en el segundo será lo mismo que si no hubiéramos hecho tal tratado, puesto que no habremos perdido ni ganado.

Si se supone que hemos obrado con más habilidad que el otro gobierno y que las ventajas son para nosotros, la nación perjudicada no dejará de conocerlo pronto; y entonces o no lo observará, o procurará eludirlo o será víctima de él, de modo que el tratado será para nosotros una fuente inagotable de discordias, cuyas consecuencias no se pueden prever; y perjudicando al comercio de la otra nación habremos perjudicado el nuestro, pues al cabo ella es la consumidora de las producciones de nuestro suelo o de nuestra industria (7).

ARTÍCULO V

De las confederaciones

§ 15

Los tratados de alianza y de comercio, de que acabamos de hablar, suponen una entera independencia de las naciones contratantes, tanto cuando se ejecutan como cuando se celebran.

Pero hay una especie de alianza, por la cual las naciones contratantes se despojan en parte de su independencia natural y delegan en mandatarios de su elección el ejercicio de todos, o de algunos poderes políticos, sobre todos y cada uno de los miembros que la suscriben. Se llama confederación, y es de tres especies.

1^a Cuando los Estados federados tratando únicamente de prever el caso de una guerra con un enemigo común, o el de una desavenencia que pudiera sobrevenir entre algunos miembros de la confederación, convienen en confiar la dirección de la guerra o de la decisión de la querrela a aquel de sus confederados que creen más apto para llenar estas importantes funciones. Tal fue en otro tiempo la confederación de las repúblicas de Grecia. 2^a Cuando cada uno de los confederados, no teniendo en consideración más que los objetos de la suposición precedente, nombra representantes para formar una asamblea, presidida algunas veces por uno de los Estados confederados y a la cual, en consecuencia, se confían los intereses de la unión. 3^a Cuando los Estados federados, queriendo dar al cuerpo de la confederación un carácter de nacionalidad, autorizan una asamblea general y un gobierno central que se ocupe de cuanto concierna a los intereses de la unión. Los Estados Unidos de América septentrional son el único ejemplo que nos presenta la historia de esta especie de confederación.

Merece observarse sobre las confederaciones en general, que a medida que cada uno de los Estados confederados hicieren, como es natural, progresos más rápidos en civilización y en fuerza, o se separan en cierto número de Estados absolutamente independientes entre sí, o el más fuerte de los confederados reduce a los demás por la persuasión o por la fuerza a la independencia meramente provincial, de que gozan las grandes divisiones del mismo Estado.

Las federaciones no son, pues, más que medios de transición, muy ventajosos cuando en los Estados federados no hay uno bastante fuerte para dominar a los otros miembros de la confederación, o cuando no se hallen al alcance de algún gobierno fuerte y ambicioso; pero si falta alguna de estas condiciones, cualquiera especie de confederación que se prefiera adoptar, lejos de asegurar la independencia de los Estados federados, concluirá siempre por apresurar su esclavitud. Incurrieron según esto en grave error los *federalistas* de los primeros años de la Revolución Francesa.

ARTÍCULO VI

De la propiedad territorial y de la demarcación de límites

§ 16

La posesión y el uso de una porción de terreno, adquirido sin empleo de fuerza contra quien lo haya gozado antes que nosotros con estos mismos títulos, son las bases de la propiedad de las naciones y de los individuos. En virtud de este principio, la nación que descubre un país desconocido hasta entonces, o desocupado, adquiere el derecho de excluir a cualquiera nación o individuo, que intentare formar en él establecimientos, que pudieran perjudicar realmente a los resultados que espera con razón de los capitales y los esfuerzos que haya consagrado a su empresa.

Este derecho de propiedad comprende no solo todo cuanto se halla dentro de los límites del Estado en el momento de la toma de posesión, sino también todo lo que se le allegue después por causas naturales, sin violación del derecho de propiedad de otro: como los terrenos que se forman a las orillas de los ríos; las islas que se levantan algunas veces dentro de los límites de la frontera marítima del Estado; y en fin, los objetos que por naufragio u otra cualquiera causa llegan a la costa y quedan abandonados en ella, sin que se pueda descubrir su dueño.

Limitándonos a hablar de los objetos arrojados a la costa, o que han llegado de otro modo al poder de sus habitantes por naufragios, observaremos que las autoridades locales deben prestar su auxilio y asegurar la propiedad de ellos a las personas a quienes pertenezcan, concediendo sí estas una justa recompensa a los que hubieren contribuido a recobrar los objetos naufragados (8).

§ 17

En materia de propiedad de terreno, lo más grave es fijar los límites, y bien se ve que no es fácil resolver este problema, ya se trate de las fronteras de tierra, ya del mar, ya de los ríos que separan dos países.

Hay, sin embargo, algunos principios generales en que todos convienen y que deben considerar los gobiernos, cuando van a arreglar por tratados un punto de tanta importancia para la tranquilidad de dos pueblos limítrofes. Cuando un terreno continuado separa las últimas poblaciones de uno de las últimas del otro, nada es más natural que dividirlo en razón de las necesidades, fáciles de determinarse por la diferente masa de población de los lugares pertenecientes a las dos naciones. Pero este caso es muy raro. Lo más común es que la naturaleza los separe con ríos, lagos o montañas.

Si son montañas, sus gargantas facilitan a los malhechores de uno y otro país los medios de escapar de la justicia; y a los gobiernos vecinos los de atacar súbitamente las provincias

límitrofes. Es, pues, indispensable que estén a disposición de cada uno de los dos Estados las gargantas contiguas a su país, para que establezcan en ellas fortificaciones y puntos de vigilancia, como lo creyeren más conveniente a la tranquilidad común. Las pendientes y faldas de las montañas no pueden pertenecer sino al país hacia el cual miran, so pena de atentar contra sus propiedades y exponer los dos Estados a desagradables y continuas disputas, que acabarían por hostilidades, que deben evitarse siempre que puedan preverse. En cuanto a los ríos y lagos que separan dos países, el primer principio es no extender de ningún lado la propiedad más allá del medio de su lecho, o por mejor decir, de su canal navegable, atendiendo a los intereses de una y otra ribera, tanto por lo que hace a establecimientos particulares como a los trabajos públicos emprendidos en ellas.

En cuanto a la frontera marítima se concibe fácilmente que debe fijarse a cierta distancia de la costa para que el servicio de ésta no sea turbado por los extranjeros, que no encontrando nada determinado en la materia podrían creer lícito acercarse indefinidamente y ejercer allí la pesca, por ejemplo, u otros ramos de industria, lo que originaría altercados y riñas que deben evitarse por el interés general. Ninguno de los principios generales que los publicistas han querido establecer puede admitirse; porque la inmensa variedad de costas impide casi siempre que se tome por base para la demarcación de estas líneas de división, ninguno de los que por casualidad pueda ajustarse a casos particulares. Lo que en general se puede decir es que cada nación cuyo territorio está situado a la orilla del mar debe acordar con las otras potencias marítimas las distancias en que conviniere, según la variedad de costas, fijar la línea que deben respetar sus naves, aunque no haya fuerzas que se opongan a los actos contrarios a la propiedad o a la soberanía de cada nación dentro de sus fronteras. Sin embargo, no debe llevarse al exceso el respeto que se debe a la frontera en que se haya convenido; porque solo se trata de no hacer aquello que sería prohibido dentro de la frontera de parte de tierra; y no de rendir homenajes al territorio, o de pagar a sus gobiernos pensiones incompatibles

con la libertad de los mares y la independencia de las naciones. Tales son los saludos que algunos gobiernos exigen de los navíos que pasan a vista de sus fuertes, o de los buques de guerra de su marina; y las contribuciones que otros se arrojan el derecho de exigir de toda nave que pasa por sus aguas, y, en fin, el abuso no menos intolerable de vejar la navegación extranjera, bajo el pretexto de impedir el contrabando, que se teme de las embarcaciones que se acercan a la costa.

Pero no deben confundirse las extorsiones que indicamos con las contribuciones para la conservación de fanales, de boyas, o de algunos establecimientos destinados al socorro de los buques que pudieran hallarse en peligro de naufragio. La única observación que hay que hacer sobre esto es que en lugar de fijar arbitrariamente esta especie de contribución, los gobiernos, que, por el interés general de la navegación, han proveído de todos los medios de seguridad, debieran proceder de acuerdo con las naciones a quienes puedan aprovechar (9).

§ 18

Hemos dicho (§ 16) que el derecho de excluir a otro del territorio que poseemos de buena fe supone que sus proyectos perjudiquen las ventajas que tenemos razón de esperar de los capitales y esfuerzos que hemos empleado en nuestra empresa.

De donde se sigue que, si después de haber estado en posesión del territorio, lo abandonamos y consentimos sin hacer oposición, en que otro emplee allí sus capitales y su trabajo, haríamos mal en querer después hacer valer nuestros derechos para despojarlo; porque no pudiendo haber derecho contra derecho, luego de que se entablase disputa entre nosotros y el nuevo propietario, sería preciso subir al origen del derecho, es decir, a los capitales y al trabajo empleados, de modo que si el nuevo poseedor ha podido aprovecharse de nuestros gastos anteriores y sobre ellos ha empleado fondos superiores, sin que entre tanto hayamos tratado de hacer valer por nuevos esfuerzos nuestros primeros desembolsos,

solo nos deberá él la indemnización que se determine según un avalúo equitativo. Pero si nuestra negligencia ha llegado al extremo de dejar perecer los frutos de nuestros primeros esfuerzos, no solamente habremos perdido todo derecho de reclamar una propiedad cuyos títulos hemos dejado perecer a sabiendas, sino que no habrá el menor pretexto para exigir indemnizaciones de los que se han establecido después que nosotros.

Estos principios que sirven de base al derecho de prescripción entre los ciudadanos en las sociedades civiles se aplican, como todos los principios del derecho natural, a las naciones. La única diferencia que hay entre los dos casos es que las leyes civiles han fijado términos, según los que es prohibida a las partes interesadas toda disputa sobre la propiedad, mientras que respecto de las naciones no se ha fijado término. En dos razones se funda esta diferencia. Una es que las naciones no están sometidas a las decisiones legislativas de ninguno en quien hayan delegado esta autoridad, excepto en los casos extraordinarios de tratados, por cuyo medio se convienen a veces en reconocer algunos principios generales de derecho de gentes, que desde entonces se convierten en leyes, a que deben conformarse como los ciudadanos en las sociedades civiles.

La otra razón es que la inmensa variedad de casos no permite establecer en materia de propiedad nacional términos de prescripción, tan difíciles de establecerse como principios generales aun respecto de la propiedad privada; así, diariamente se experimenta la dificultad, por no decir la imposibilidad, de fijar por leyes generales términos justos a todos los casos de prescripción. Como quiera, los publicistas que han negado la existencia del derecho de prescripción entre las naciones, fundándose en que nadie está autorizado para fijar el término, han confundido dos cosas absolutamente distintas. La ley civil no ha creado el derecho de prescripción, porque en los diferentes casos de prescripción señale el término: al contrario, supone la existencia de este derecho, y solamente como árbitro entre las partes discordantes interviene el legislador, mediante una decisión tomada de antemano y destinada a comprender

el mayor número de casos posible. Cuando hay una desavenencia entre dos individuos, el árbitro que ha de terminarla comienza por examinar si existen o no los fundamentos de la prescripción; y solo después de asegurarse de su existencia, y, por consiguiente, del derecho que pretende tener el poseedor, examina el árbitro si a los hechos que ha averiguado se junta el término fijado por el arbitramento del legislador; porque de la reunión de estas dos condiciones resulta la prescripción del derecho civil. Pero si se presentase un caso al que el arbitramento del legislador no pudiese aplicarse, el juri deberá decidir si es o no suficiente para dar la cosa por abandonada el tiempo corrido, que en los casos ordinarios el legislador ha juzgado que debe ser de treinta años.

Las naciones suplen este arbitramento del jurado, ya por negociadores encargados de terminar sus disputas amigablemente; ya, y esto no es raro, ateniéndose a la decisión de una tercera potencia que, como el árbitro en las disputas civiles, se cree que no dará a la parte en cuyo favor decide un derecho que no le pertenezca: ella no hace más que declarar a cuál de las dos partes corresponde el derecho en su opinión, o lo que viene a ser lo mismo, si el poseedor tiene en realidad el derecho de prescripción que alega en su favor. Es necesario, pues, según el común sentir, que haya entre las naciones derecho de prescripción, y que sea absolutamente idéntico al que existe entre los ciudadanos.

ARTÍCULO VII

De la libertad de los mares

§ 19

El mar es para las naciones que habitan sus costas lo que los lagos para las que se han establecido en sus orillas. Así, después de fijada a cada una de estas naciones la línea de que hemos hablado en el artículo precedente, y que debe formar la frontera marítima, todo lo demás en la vasta extensión de

los mares pertenecen en común a todas las naciones del universo; y no puede dejarse de mirar como muy extravagantes las pretensiones que ciertos gobiernos, cuando han contado con superioridad de fuerzas, han manifestado en diversas épocas, de una especie de supremacía, ya sobre el océano, ya sobre mares particulares. Esta pretensión evidentemente absurda, supuesto que no puede fundarse sino en la fuerza, ha sido sin embargo llevada hasta exigir de la marina de las otras naciones el homenaje de honores incompatibles con la independencia, que ninguna nación puede sacrificar sin dejar de ser nación por este solo hecho. Todas han tenido que desistir de esta injusticia; porque al cabo, por fuerte que una nación sea, nunca es más fuerte que todas.

Lo que se ha arreglado por general convenio, y no debe confundirse con aquellas pretensiones, son los honores que los buques de diferentes naciones acostumbran hacerse recíprocamente cuando se encuentran en el mar o en los puertos. No refiriéndose estos honores a la nación a que el buque pertenece sino al rango de éste, manifiestan más bien la igualdad de todas las naciones, que la supremacía de una sobre las otras.

Después hablaremos del derecho que, en virtud de esta pretendida supremacía, se han atribuido algunas veces de visitar los buques de otras naciones en plena mar (10).

ARTÍCULO VIII

De los derechos y deberes de las naciones en tiempo de guerra

§ 20

Comúnmente se define el arte de la guerra: *el arte de destruir las fuerzas del enemigo*. Creemos esta definición tan falsa en derecho como en estrategia. En nuestra opinión es *el arte de impedir la acción de las fuerzas enemigas*.

Mientras que la primera de estas dos definiciones conduce a conclusiones más o menos absurdas, la segunda contiene la más sana doctrina de los derechos y deberes de las naciones beligerantes, prescindiendo de las reglas del arte, que creemos se derivan todas naturalmente de esta simple definición. Si queremos destruir las fuerzas del enemigo, debemos prepararnos o perder proporcionalmente las nuestras. Cuanto más aniquilemos sus medios, tanto más escasearán los objetos de esa especie; y nosotros, lo mismo que nuestros enemigos, sufriremos la ley del mercado.

Toda guerra para que sea legítima debe tener por objeto rechazar la fuerza con la fuerza, u obligar a la otra parte al cumplimiento de sus deberes hacia nosotros, cuando se niegue a cumplirlo voluntariamente.

Mas ¿por quién debe declararse la guerra?; ¿por el rey solo, o con acuerdo del Parlamento nacional? Ya hemos dicho acerca de esta cuestión que no debe confundirse la *declaración de guerra con la resolución de hacer la guerra*. La primera pertenece al rey como jefe del poder ejecutivo, puesto que solo es la ejecución de la segunda, que siendo decisión legislativa solo puede pertenecer al parlamento nacional de acuerdo con el rey.

Aquí se trata, pues, únicamente de saber en qué debe consistir la declaración de guerra. Algunos publicistas han creído que la lealtad, de que ni los gobiernos, ni los individuos deben separarse, exige que no se comiencen las hostilidades antes de haber advertido al enemigo la intención de emplearlas, ya se haga esto por un manifiesto en que expongamos nuestras quejas, o de cualquier otro modo, con tal de que no se diga que lo hemos atacado de improviso.

Esta doctrina que no puede dejar de agradar a primera vista, porque presenta nobleza y generosidad, solo se funda en una confusión de ideas; porque la cuestión rueda sobre una guerra justa y provocada por el que se niega a cumplir buenamente las obligaciones que ha contraído con nosotros, lo que supone que ya hemos tentado todos los medios de

conciliación y manifestado, por consiguiente, a la otra parte nuestra decisión de obtener por la fuerza lo que no quiere concedernos por la persuasión. ¿Con qué derecho podrá, pues, pretender que al recurrir a las armas, por su culpa, le advertamos que se prepare, para que pueda sostener mejor su injusticia por la fuerza? El manifiesto solo puede considerarse necesario como una advertencia a nuestros conciudadanos y a las naciones neutrales de los acontecimientos que van a sobrevenir, a fin de que cada uno pueda tomar las medidas que juzgue convenientes, para sufrir el menor perjuicio posible en sus intereses.

Y aun bajo este respecto deben distinguirse las monarquías absolutas de los gobiernos representativos porque, debiendo discutirse públicamente la cuestión de guerra en el parlamento nacional, todos los nacionales y extranjeros pueden conocer, mejor que por un manifiesto, el éxito que deben esperar de las transacciones entre los dos Estados.

Pero se dirá tal vez, si la cuestión se ha tratado en sesión secreta ¿cómo podrá el público conocer el resultado? Sería menester no tener ninguna idea de los congresos numerosos para llamar secreto lo que se discute y decide en ellos. Mas lo que debe satisfacer completamente a esta pregunta es que la cuestión de declarar una guerra no debe tratarse jamás en sesión secreta. Ciertamente, nuestro enemigo recibe, por estas discusiones públicas, advertencias que pueden redundar en nuestro mal; con todo, esto nunca es comparable a los graves inconvenientes del monopolio, ocasionado por el secreto entre el gobierno y las cámaras, que las potencias extranjeras pueden penetrar fácilmente, por poco que les interese; mientras los ciudadanos privados de esos medios son frecuentemente víctimas de las decisiones tomadas sin su conocimiento por sus mandatarios, que saben aprovecharse del secreto; y no es raro que semejantes decisiones fatales para el Estado, y que no habrían osado decretar a la faz de la nación, hayan pasado casi sin contradicción a la sombra del misterio de las sesiones secretas (11).

§ 21

Declarada una vez la guerra, conviene establecer los principios, conforme a los que es permitido hacerla sin herir los derechos de la humanidad, que gime de los deplorables efectos de estas desgraciadas contiendas. No es difícil encontrar estos principios, que nacen naturalmente de nuestra definición del arte de la guerra. Puesto que ese arte solo consiste en atajar, con los menos sacrificios posibles, las fuerzas del enemigo, en impedir que nos dañe y en reducirlo a estado de darnos reparación, o de su demora en cumplir las obligaciones anteriores que nos debía, o de las pérdidas y daños, que, forzándonos a hacerle la guerra, puede habernos causado, se sigue que nuestro objeto está conseguido, desde el momento en que hayamos puesto al ejército fuera de combate; que le hayamos inutilizado sus municiones y bagajes; y quitado los medios de aprovecharse de las contribuciones con que pudiera alimentar la guerra que se haya decidido a hacernos. Pero los medios, que han de emplearse para obtener cada uno de estos tres resultados, deben estar de acuerdo con el principio fundamental de toda moral y de toda política: *el mayor bien del mayor número*.

Si ocupamos su territorio, le privamos por este hecho solo de los recursos que pudiera sacar de él y, lo que es más, los aprovechamos nosotros. Pero solo esto nos es permitido. Toda severidad, toda exacción ejercida sobre los habitantes pacíficos, todo lo que no sea absolutamente necesario para subvenir de un modo proporcionado a las necesidades del ejército, sería ir más allá de lo que permiten los derechos de la guerra. Prescindiendo de lo que se gana en guardar miramientos al país que ha de suministrarnos los medios de continuar la guerra a costa de nuestro enemigo, atropellarlos sin necesidad, sería hacer la guerra, no al gobierno que nos ha provocado, sino a los pueblos, que no han podido impedir la provocación ni sus consecuencias: y nadie ignora a cuán terribles descalabros se expone un ejército que ocupa territorio enemigo, cuando provoca, por su indisciplina o por las

extorsiones de sus jefes, el odio irreconciliable de los pueblos, y las insurrecciones, que son su resultado inevitable, de que los ejércitos más aguerridos han sido al fin víctimas. Al contrario, donde la humanidad y prudencia de los comandantes han sabido conciliar las necesidades del ejército con el bienestar de los habitantes, las bendiciones de los pueblos han seguido al conquistador después de retirarse; y los recuerdos conservados por los beneficios duraderos que ha dejado en pos de sí el ejército han formado entre los dos pueblos lazos tanto más sólidos, cuanto que se han originado en circunstancias en que solo podían esperarse motivos de resentimiento o de venganza.

En fin, puesto que no se hace la guerra sino para obtener la paz, pero una paz sólida y honrosa para ambas partes, debe hacerse de modo que se acelere y no se retarde su conclusión. Y esa será más fácil cuando nuestro adversario sepa que al fin de la guerra recobrará un país no devastado.

No debemos respetar las propiedades particulares de los habitantes, solamente en el territorio enemigo: debemos respetarlas también en el nuestro, sea que se encuentren allí en el momento de empezar la guerra, sea que el comercio las lleve durante ella. Nada puede autorizarnos a tomarlas. Todo, hasta nuestro propio interés, nos aconseja que las respetemos. En el estado en que hoy se hallan las relaciones comerciales del mundo, no hay plaza de comercio que no tenga un verdadero interés en la prosperidad de las otras. Cualquiera daño que hiciéremos, pues, al comercio de nuestro enemigo, cerrándole la entrada de nuestro país, atacando la propiedad particular que importare, o haciéndola tomar por buques de guerra, o por corsarios, o por nuestras fuerzas de tierra en los países neutrales que hayamos ocupado; y todos esos actos de rigor, que se miran generalmente como parte del derecho de guerra, son otros tantos atentados contra los intereses de nuestro propio comercio. Sería además un grosero error creer que por este medio cerráramos la entrada al comercio de nuestro enemigo en nuestro país. Se hará siempre por contrabando o por medio de las naciones neutrales; y esto grava a los nacionales con todo el exceso de gastos del comercio fraudulento, y con

los fletes y comisiones que enriquecen a las naciones neutrales a costa de la nuestra.

Pero esto no es solamente un error económico, sino también una grave falta en política, porque, si dejando al comercio seguir su curso entre las naciones, se hiciera la guerra solo a los gobiernos, las guerras extranjeras llegarían a ser en cierto modo guerras civiles, que, si bien bajo algunos aspectos son más funestas que las extranjeras, tienen sobre ellas la ventaja de no poder ser tan frecuentes ni tan durables. ¿Por qué son tan raras las guerras civiles? ¿Por qué duran tan poco? Porque no pudiendo los jefes de partido aniquilar los intereses que ligan a los pueblos entre sí, estos al fin se reúnen y los destruyen; así tampoco es fácil a los gobiernos sostener largo tiempo una guerra dictada por la injusticia o ambición, cuando las naciones tienen vínculos de intereses que no pueden prosperar sino bajo los favorables auspicios de la paz. Otra consecuencia de los principios establecidos es que los soldados del enemigo hechos prisioneros, y que han dejado de ser instrumentos disponibles para nuestro adversario, se hallan en el mismo caso que el habitante pacífico. Así como éste, auxiliando a su gobierno con las contribuciones hasta el momento en que ocupamos su provincia, ha cumplido un deber, y no tiene responsabilidad ante nosotros; así, el soldado, haciéndonos una guerra leal, ha cumplido su deber y sería absurda la pretensión de castigarlo.

No solamente es absurdo sino bárbaro pasar a cuchillo una guarnición, porque se haya defendido valerosamente sin someterse a la intimidación feroz de rendirse a discreción, o de aceptar una capitulación deshonrosa, pues un crimen no se justifica por haber amenazado con él.

En fin, para completar lo que puede decirse en general sobre la elección de los medios de hacer la guerra, añadiremos que son injustos e inmorales los que acarrear al enemigo perjuicios, que no son necesarios al fin manifiesto de la guerra, a saber: ponerlo fuera de estado de dañarnos, atajando sus fuerzas, pero sin destruir sus recursos más de lo indispensable para esto; porque cuantos más le quedaren, tanto mejor

se hallará en estado de satisfacer nuestras justas demandas. Por consiguiente, no se deben emplear medios cuyos efectos no puedan contenerse luego de que el enemigo quiera hacer justicia a nuestro derecho. Se pueden citar como ejemplos de esta especie de medios el envenenamiento de las aguas y de los víveres, el asesinato de los jefes y de otras personas de importancia.

No es menos vergonzoso, aunque sea menos repugnante, excitar revoluciones entre los súbditos del país enemigo contra su gobierno, o corromper a los empleados para que traicionen de alguna manera sus deberes. En este caso se halla el uso inmoral e inútil de emplear espías y desertores.

¿Cómo puede confiarse en lo más vil y en lo más despreciable de la nación? ¿Cómo los generales, que se tienen por hombres de honor, pueden dar a sus soldados el ejemplo de incitar a los del enemigo a desertar de sus banderas? El que es fuerte debía avergonzarse de cometer tal baja. El débil debía considerar que semejante conducta, sin hacerlo más fuerte, lo hace despreciable (12).

§ 22

Hasta aquí solo hemos tratado de la conducta que deben observar las naciones beligerantes entre sí. Veamos cuáles son los derechos y deberes de las naciones que permanecen neutrales durante la guerra. En cuanto a sus derechos, todo lo que pueden pretender de las naciones beligerantes es que, haciéndose mutuamente la guerra, no atenten contra sus intereses, ya provengan de las relaciones de las naciones neutrales entre sí, ya de las relaciones que tengan, o puedan tener antes de la guerra, con una u otra de las dos naciones beligerantes.

En cuanto a sus deberes, se reducen a abstenerse de introducir en sus relaciones con una de las naciones beligerantes, innovaciones favorables a ella y perjudiciales a la otra.

Según estos principios que encierran toda la teoría de la neutralidad de las naciones, se puede valorar la justicia de

las pretensiones, que las potencias beligerantes han querido presentar en diversas épocas, como deberes de las naciones neutrales. Mencionaremos los principales: se ha querido que las naciones neutrales cerrasen sus puertos a la marina enemiga, o al menos a sus buques de guerra, o que se admitiese un número menor que en tiempo de paz; que no se vendiese nada al enemigo, ni aun los objetos que no son destinados por su naturaleza al servicio de la guerra; que se impidiesen los empréstitos en la nación neutral; en fin, que el neutral no hiciese nuevos tratados con el enemigo, aunque se limitasen a relaciones comerciales.

Pero los pueblos que no tienen por qué mezclarse en la querrela de los beligerantes no han encontrado razón para romper sus relaciones con ellos. Viendo atacado por ambos un derecho, tan ligado con su prosperidad y aun con su independencia, han acabado siempre por rechazar la agresión, ya reuniéndose para el sostenimiento de una *neutralidad armada*; o ya, sin estar de común acuerdo, cada uno ha tomado separadamente sus medidas de fuerza o de astucia, para inutilizar los efectos de la pretendida supremacía marítima o continental, que las potencias infatuadas de un poder que no tienen, se han jactado de ejercer sobre todos los otros pueblos; y lo que es más, las mismas naciones unidas con un vínculo de interés común a aquellos cuya ruina se meditaba, al querer comprometerlas en guerras desastrosas, se han unido a los oprimidos para sacudir el yugo de la opresión; porque el interés del comercio, el entusiasmo de la religión y el amor a la libertad no conocen otra patria que el mundo, ni otros conciudadanos que los hombres de todos los países (13).

§ 23

Según lo que se acaba de decir, no es difícil resolver ciertas cuestiones acerca de las que los publicistas no han podido ponerse de acuerdo hasta el presente, por no haber establecido principios claros y precisos sobre lo que constituye la neutralidad de las naciones. 1.º ¿Es permitido algunas veces ordenar detenciones y embargos de buques neutrales? 2.º ¿Se

pueden tomar los objetos pertenecientes a nuestros enemigos que se encontraren en ellos? 3.º ¿Se les puede obligar a dejarse visitar, para cerciorarse de si hay en ellos propiedad enemiga? 4.º ¿Se puede tomar la propiedad de las naciones neutrales, cuando se encuentra a bordo de buque enemigo? 5.º En fin, ¿se puede impedir a los buques neutrales entrar y salir en los puertos bloqueados? y ¿se les puede apresar cuando eludan la vigilancia de los bloqueadores? Para resolver la primera de estas cinco cuestiones, es necesario atender los motivos, tanto de las detenciones como de los embargos. Si se trata de impedir que se sepa afuera, antes de tiempo, una noticia que interesa tener oculta, nada es más justo que ordenar la detención de los buques que saliendo podrían publicarla. Sobre esto no hay disputa. Pero lo que han olvidado todos es que el gobierno, que por sus intereses ha impedido a los buques seguir su viaje, debe indemnizar a los interesados de todas las pérdidas provenientes de esta medida; así como, según la opinión de todos, debe recompensarse a los buques que han sido detenidos, con intención de emplearlos en servicio del Estado (14).

La segunda cuestión ha parecido más difícil a los publicistas, porque no han distinguido lo que es propiedad nacional o, como dicen, del gobierno, de lo que es propiedad particular, y aunque hayan confesado algunas veces que deben distinguirse los objetos, exclusivamente destinados a la guerra, de los que tienen un uso más general, parece que no han conocido toda la importancia de esta distinción en el caso de que ahora tratamos. En efecto, si los objetos que se encuentran a bordo del buque neutral pertenecen a particulares, aunque súbditos del gobierno con quien estamos en guerra, no es permitido tomarlos, así como no lo es apoderarse de los bienes de los habitantes del país enemigo cuando lo hemos conquistado, salvo que estos objetos sean exclusivamente propios para la guerra y estén destinados al servicio de nuestro enemigo; porque, por este solo hecho, el habitante se asocia a su gobierno para obrar contra nosotros, y se halla en el caso del soldado a quien tenemos derecho de poner en estado de que no nos haga mal.

Si la propiedad pertenece al gobierno, nos es permitido apresarla, ya para privarle de los medios de hacernos la guerra, ya para reservarla como un medio de indemnizarnos de los gastos y daños que nos haya ocasionado, forzándonos a hacerle la guerra.

Acontece, sin embargo, que los objetos encontrados a bordo del buque neutral, aunque no pertenezcan todavía al gobierno con quien estamos en guerra, se le llevan, o porque los ha pedido para sí, o porque se le quieren ofrecer. Se pregunta, pues, si en semejante caso nos es permitido apresarlos. La respuesta no es difícil: porque nuestro enemigo haya pedido estos objetos, o porque se le vayan a ofrecer, no dejan de ser propiedad del individuo que pertenece a una nación neutral. ¿Con qué derecho podríamos, pues, despojarlo? Es muy justo impedir que pasen a poder de nuestros enemigos, pero pasar de esto sería una violación del respeto que debemos a la propiedad de los que, no tomando parte en la querrela que nos ocupa, están igualmente dispuestos a suministrar los objetos de su comercio, tanto a nosotros como a nuestro enemigo. No necesitándonos nosotros, nos es permitido oponernos a que se aproveche de ellos nuestro enemigo, pero si nos aprovechamos de ellos, no podremos prohibir que el neutral haga el mismo servicio a la otra potencia beligerante, pues de otro modo dejaría de ser neutral respecto de ella (15).

La tercera cuestión se halla naturalmente resuelta con la respuesta que acabamos de dar a la segunda: porque habiendo casos en que es permitido apresar la propiedad enemiga a bordo de buques neutrales, debe haber también derecho de visitarlos, cuando fuera probable que se halle en ellos tal propiedad. Pero cuando ningún motivo de sospecha autorice a los comandantes de nuestras fuerzas para detener al buque neutral en su viaje, y a causarle los perjuicios que trae consigo la visita, no podrá verse esta sino como una violación de los derechos de la neutralidad.

A esto debe añadirse que, aun cuando la visita sea lícita, ha de limitarse al examen de los papeles de mar; o cuando más a una indagación en que se recibirá el testimonio

de la tripulación y de los pasajeros. Pero los oficiales que visitan no están autorizados a romper los cofres ni a obligar al capitán a que abra las escotillas, pues no debe permitirse el empleo de la fuerza donde no hay medios de contenerla, y cuando después es las más veces imposible probar el abuso que de ella se haya sufrido. Lo más que puede hacer el comandante de la visita, cuando la inspección de los papeles de mar, o la indagación mencionada no disipen sus sospechas, es hacer conducir, bajo su responsabilidad a un puerto de la nación el buque, para que, ante las autoridades competentes y con todas las garantías a que los interesados tienen derecho, se haga el examen que no podría encargarse solo a la fuerza de mar, sin que se autoricen los más graves abusos.

El derecho de visita no se extiende a los buques de guerra de las potencias neutrales, pues como este derecho solo se funda en la sospecha de que haya a bordo del buque propiedad o artículos de guerra del enemigo, y tal sospecha respecto de un buque de guerra neutral sería una ofensa a su gobierno, solo en el caso de que se tengan pruebas muy fundadas de que existe propiedad enemiga a bordo de tal buque, sería permitido visitarlo, y aun emplear la fuerza, si la naturaleza del objeto y el grado de probabilidad, en virtud del cual se pretende hacer la visita, hicieren necesaria esta medida extrema. Lo que decimos de los buques de guerra debe entenderse de los mercantes que naveguen en convoy con buques de guerra también neutrales, luego de que los comandantes de éstos declaren, bajo su palabra de honor, que esos buques no conducen propiedad ni artículos de guerra del enemigo.

Hemos dicho que la naturalización en país extranjero no destruye el deber que todo hombre tiene de no obrar contra los intereses de su antigua patria: de esto han concluido algunos publicistas que los gobiernos pueden prohibir a sus antiguos súbditos el servicio en buques de naciones neutrales; y que tienen, por consiguiente, derecho de visitar estos buques para extraer los individuos de tripulación de su nación. Bien

se ve que tan extravagante pretensión no podía ser tolerada, pero cuesta trabajo concebir cómo el orgullo ha podido extravíar a ciertas naciones, hasta persuadirse de que podrían llevar a tal grado la depresión de las demás. Mas el derecho de visita no puede disputarse, en el caso de que hablamos, si se sabe, o presume con bastante razón, que antiguos súbditos de una potencia son conducidos a bordo, o en convoy de buques neutrales para servir a su enemigo. En tal caso debe obrarse como hemos dicho, respecto de los objetos destinados a la guerra. No es permitido apoderarse de ellos, pero debe impedirse que lleguen a su destino, porque hay en esto un conato de crimen, pero todavía no hay crimen. Desde este acto, inofensivo en sí mismo, hasta los hechos realmente hostiles hay necesariamente un intervalo, durante el cual el arrepentimiento puede destruir las consecuencias de la primera resolución (16).

La cuarta cuestión no lo es ya después de lo dicho sobre el respeto que se debe a la propiedad neutral donde quiera que se halle. Su existencia a bordo de un buque enemigo no es más ofensiva para nosotros, que si la encontráramos en el territorio enemigo que hubiésemos conquistado. Nunca ha habido publicista que se haya atrevido a decir que en este último caso nos fuese lícito apoderarnos de ella.

Solo nos falta considerar la cuestión de bloqueo. Como suponemos que el que bloquea el puerto hace una guerra legítima (pues no podemos prescribir reglas para que conforme a ellas se cometan crímenes), tiene el derecho de impedir toda comunicación con el puerto bloqueado, que pudiera causarle perjuicio: las otras potencias, por su parte, tienen también el de declararle la guerra, si juzgan que el bloqueo es más dañoso para ellos que útil al bloqueador. Pero sin esta circunstancia están obligadas a ordenar a sus buques de guerra que respeten el bloqueo.

Por lo que mira a los buques mercantes, a ellos toca ver, según las circunstancias, si estándoles prohibida la entrada en el puerto, les conviene ceder a la fuerza o exponerse a los riesgos de arrostrarla.

Si un buque neutral, pues, pretende entrar en el puerto bloqueado y notificándole que se retire persiste en su proyecto, los buques bloqueadores deben emplear la fuerza, pero cuidando de causarle la menor avería posible, porque el armador y los fletadores pueden estar inocentes de la temeraria audacia del capitán.

Si a pesar de los esfuerzos de los bloqueadores, llegase a entrar al puerto, no por eso se ha de seguir la opinión de los publicistas, que ha acogido la generalidad de los gobiernos, considerando al buque como culpable respecto de la potencia bloqueadora; ni conceder a ésta derecho de infligirle el menor castigo, si llegare después a apresarlo. La razón es porque si existiera tal derecho, no habría cómo impedir que los comandantes del bloqueo, seguros de no poder ser convencidos de dolo o de malicia, simulasen que los buques neutrales habían quebrantado el bloqueo, y les aplicasen una pena precisamente arbitraria, pues debe ser pronunciada por los tribunales de la potencia bloqueadora. Se entiende que aquí no tratamos del caso en que el bloqueo, haya opuesto una verdadera resistencia. Si tal sucede, hay un acto verdadero de hostilidad, y, por consiguiente, su gobierno debe satisfacer al gobierno ofendido y a las partes perjudicadas; y habrá derecho de exigírselo empleando toda la fuerza disponible (17).

§ 24

Hay, sin embargo, una cuestión en que se ven muy embarazados los gobiernos para aplicar los principios que hemos establecido sobre la conducta que debe observarse, tanto respecto de los buques de las naciones neutrales como de los mercantes de la nación cuyo gobierno nos ha declarado la guerra, o nos ha puesto en la necesidad de hacerla. La cuestión es, ¿cómo se determinará a qué nación pertenece un buque que se encuentra en alta mar, y con el que se debe obrar de diferentes maneras según su nacionalidad?

El uso común es que el interesado en hacerse reconocer ice el pabellón de su nación, y como sucede que por ardid de guerra se suele izar pabellón extranjero, se saluda con un cañonazo el pabellón izado, cuando es en realidad el de la

nación del buque. Es muy raro que se haya faltado a esta especie de pundonor nacional, saludando de esta manera un pabellón enarbolado para engañar al enemigo.

Este medio no ofrece más que una probabilidad muy débil; y ha sido preciso buscar pruebas mejores de la verdadera neutralidad de las naves. Se ha atendido a su origen y a la nacionalidad de la tripulación, de modo que se ha establecido como regla casi general no reconocer como pertenecientes a una nación sino los buques construidos en sus astilleros, o conquistados por sus fuerzas, y cuya tripulación tenga a lo menos dos tercios de súbditos de la misma nación a la que debe pertenecer el capitán.

A estos medios de reconocimiento se agregan los *papeles de mar* que comprueben la nacionalidad. Pero sobre esto siguen muy diferentes usos las naciones, y no teniendo obligación el buque de llevar, para la comprobación de su nacionalidad, más documentos que los que ordenan las leyes de su país, sería necesario que los oficiales de la armada y los tribunales de presas que han de fallar sobre la nacionalidad del buque conociesen esta parte de la legislación de todos los países; y aun en este caso debería enviarse el buque sospechoso a las autoridades de su nación, que son las únicas competentes, para juzgar si ha delinquido o no, por no llevar los papeles que la ley ordena. Este medio de reconocimiento no ofrece, pues, ninguna utilidad.

El del origen de la nave y de la nacionalidad de la tripulación no solo es puramente convencional y arbitrario, sino extraño al principio de la nacionalidad, y manifiestamente impolítico. Es convencional y arbitrario, porque no derivándose necesariamente de la naturaleza de la nacionalidad, todos los gobiernos son libres para convenir o no en él. Es extraño a la cuestión de nacionalidad porque esta condición no se ha establecido sino con la mira, muy diferente, de estimular la marina nacional, y la construcción de buques que, sin ella, se comprarían donde se construyesen a menor precio. Aun, bajo este punto de vista la condición es impolítica. Los gobiernos se prohíben por ella tomar, tanto para el servicio de la marina de guerra como de la mercante, extranjeros que pueden serles

necesarios, sea para hacer arreglos directos en la marina, sea para introducir en ella la emulación, que es el único medio de producir reformas, cuando el espíritu de cuerpo resiste a las innovaciones opuestas a sus preocupaciones, a su rutina y a sus intereses.

De todo esto se sigue que no puede establecerse otro principio de nacionalidad que las leyes del país a que el buque pertenece, y que, por consiguiente, conforme a ellas, y no a los principios generales de derecho o interés internacional, se deben establecer las condiciones de la nacionalidad de los buques y de los individuos. Conforme, pues, a estas leyes debe producir cualquier buque la prueba siempre que haya derecho de interrogarle sobre esto: el cual no puede ejercerse sino para admitirlo a gozar de las ventajas de su nacionalidad, o para hostilizarlo cuando haya justo motivo de presumir que él emplea hostilidades, como corsario o como pirata (18).

En cuanto a los buques de guerra, se supone siempre que sus comandantes se conducen según las órdenes de sus gobiernos, a quienes toca desaprobar y castigar sus hechos. Mientras no haya razones que prueben lo contrario, la presunción está a favor del gobierno, y, por consiguiente, no puede ponerse en duda que a él solo pertenece castigar a sus agentes, cuando comprometen por su conducta las relaciones de buena inteligencia entre dos pueblos.

Pero los buques de propiedad particular, a quienes los gobiernos autorizan con *patentes de corso* para ejercer hostilidades, están sujetos a presentar su autorización, sin la que se les trata como bandidos. Este uso es absurdo y bárbaro si hay guerra, en efecto, entre las dos naciones. El corsario en tal caso no es más que un soldado voluntario, y como a soldado debe tratarsele, si tiene la desgracia de caer prisionero. No por esto aprobamos el uso, generalmente seguido, de conceder *patentes de corso*. Basta notar que los armadores no las solicitan sino con el fin de atacar a la marina mercante, para percibir que tal uso se opone a los principios ya establecidos (§ 21), sobre la libertad que debe darse al comercio de las naciones, supuesto que la guerra no se refiere sino a las

relaciones políticas de gobierno a gobierno. Mas hay aún otra razón dictada por la prudencia, que acabará de convencer a los gobiernos por más que se inclinen a aprovecharse de la cooperación de los corsarios; porque atraídos éstos por la sed del lucro, no conocen amigos ni enemigos; se apoderan de cuanto pueden y, al fin, comprometen a sus gobiernos con las naciones neutrales y con sus mismos aliados.

Es cierto que se exige de los armadores una fianza, que responda de los abusos que puedan cometerse pero la indemnización de los interesados las más veces no es competente, y depende, por otra parte, de decisiones de las autoridades nacionales, que el gobierno extranjero desprecia cuando es más fuerte, de modo que el gobierno, que incurre en la imprudencia de autorizar el corso, se ve siempre en la alternativa de pagar las depredaciones o de sostenerlas por la fuerza, contra amigos y enemigos.

Cuando sin motivo de guerra entre dos gobiernos, un buque que pertenece a una nación, o que no pertenece a ninguna, ejerce hostilidades en alta mar o en las costas, y el gobierno de quien es súbdito, si lo es de alguno, es cómplice de sus robos, o porque los aprueba, o porque no los castiga, se da al buque el nombre de *pirata*. La tripulación se castiga según las leyes especiales de piratería: y a falta de éstas se les trata como a salteadores. Tal es el caso de las potencias berberiscas (19).

§ 25

De cualquier modo, que las presas se hagan, y ya pertenezcan los buques y objetos apresados al gobierno, o a particulares, puede acontecer que la presa sea represada por buques de guerra de su nación, o de nación aliada, y entonces se presenta la cuestión sobre a quien pertenezca, sobre si deba volverse a su antiguo propietario, o deban conservarla los que la han represado. La cuestión nace de que el captor, desde el momento en que ha puesto su presa fuera de todo riesgo probable de represa, ha podido venderla a una potencia neutral que por su parte puede haberla comprado de buena fe, esto es, sin noticia del daño que nos causa, circunstancia suficiente para la validez

de la compra. De aquí han concluido mal los publicistas que la presa, en el tiempo en que podría haberse hecho compra válida de ella, es verdadera propiedad del captor, y que desde entonces los que la represan tienen sobre ella los mismos derechos que sobre cualquiera otra propiedad enemiga.

No han advertido que la validez de la compra no se funda en el derecho del vendedor, sino en la buena fe del comprador. Verdad tan generalmente reconocida, que todos miran como infracción de la neutralidad la adquisición que un gobierno hace o consiente que se haga en sus puertos de la presa conducida a ellos, cualquiera que sea el tiempo corrido desde que fue tomada; y la razón de esto es que no se podría alegar ignorancia sobre el origen del objeto cuya adquisición se hiciese de este modo.

Bien examinado, pues, el principio que da origen a la cuestión, no puede ella existir. Los que represan los objetos apresados tienen incontestable derecho una remuneración, proporcionada a su trabajo y a sus riesgos; y estos solo pueden exigir. Todo lo demás debe restituirse al verdadero dueño, sea la nación o algún particular; porque ningún nuevo derecho ha destruido su anterior e incontestable derecho.

La represa no puede considerarse sino como un medio que se presenta al antiguo propietario para recobrar su propiedad, bajo la condición de recompensar a los que le facilitan su recobro, del mismo modo que si la desgracia hubiera provenido de un naufragio (20)

Otro medio de recobrar la propiedad apresada es el rescate. Lo emplean comúnmente los comandantes de los buques mercantes que, consultando el interés de los dueños, les giran libramientos a la orden del portador. De este modo, el captor devuelve la presa con la condición de que no será represada por otra fuerza marítima, o terrestre de la misma nación o de sus aliados.

Por mucha que sea la pérdida que esto cause a los propietarios de la presa, está en su interés cumplir los convenios, luego de que estén seguros del recobro de su propiedad. De

otro modo se harían imposibles los rescates en lo venidero. El bien general, que nunca puede separarse del bien del individuo, exige que nos sometamos a esta necesidad, aunque dura; mucho más cuando, según los principios de toda economía política basada sobre la justicia distributiva, la nación debe indemnizar a los particulares de los perjuicios que pueden haber sufrido en la lucha contra el enemigo común para la justa defensa (21).

§ 26

Supuesto que hay casos en que es permitido, o, más bien, está ordenado a los comandantes de las fuerzas navales hacer presas, hay que examinar cómo deben conducirse respecto de los objetos capturados, y de las personas que se encuentren a bordo, como empleados o como pasajeros. ¿Pueden disponer inmediatamente de los objetos apresados? ¿Pueden tratar a las personas como prisioneros de guerra? ¿Pueden canjearlas con prisioneros de la nación del apresador? ¿Pueden dejarlas en libertad? ¿Pueden obligarlas a salir del buque? He aquí un gran número de cuestiones que al publicista toca resolver, y para cuya resolución ya están fijados los principios.

Hemos observado, hablando de la visita, que no debía practicarse ningún acto decisivo sobre el buque visitado, por la simple razón de que no debe permitirse el uso de la fuerza donde no hay medio de contenerla, ni aun de probar su abuso. De este principio que tenemos por evidente, se deduce que no se debe obligar al capitán a salir del buque, sino en el caso en que hubiese manifiesto peligro para la guarnición que pasa a su bordo; y aun entonces debe quedar alguno que represente a los interesados y que tome medidas, para poder a su tiempo asegurarles el respeto que se haya guardado a sus propiedades. El apresador lo mismo que el comandante de la visita no pueden considerarse sino como partes que se deben presentar con los prisioneros, que son la parte contraria, ante el tribunal que ha de resolver sobre la legitimidad de la presa. No se debe, pues, separar a estas personas que tienen derecho de sostener allí sus intereses y los de sus mandatarios.

Cuando damos a las personas de a bordo el nombre de prisioneros, es tomando la palabra en su sentido más extenso. Solo los soldados y marinos, que hayan tomado parte en el combate, pueden ser considerados prisioneros de guerra y se les debe aplicar lo que hemos dicho en general sobre prisioneros de guerra. Por lo que hace a los pasajeros y demás personas que puedan hallarse a bordo, se hallan en el caso de los habitantes pacíficos de un país conquistado, y, por consiguiente, se debe tener con sus personas y propiedades los miramientos a que son acreedores éstos, según los principios que desenvolvimos en el § 21.

Hay con todo un caso que es excepción de las doctrinas que acabamos de exponer. Suele suceder que el apresador no pueda conducir la presa por sí mismo a uno de los puertos de su nación, ni desprenderse de la porción de hombres, bastante para hacerse respetar de la tripulación y demás personas del buque apresado. En tal caso debe mantenerlos a su bordo, o desembarcarlos confiando a un capitán de presa y a la tripulación de su nación la conducción de la presa al puerto en que debe ser juzgada. Algunas veces no pudiendo ni conducirla de este modo, ni mantenerla bajo su vigilancia el apresador, no le queda otro partido que tomar, que pasar a su bordo las personas y efectos del buque apresado, y echarse a pique o hacerlo encallar. Para todo esto es preciso conceder a los apresadores un poder discrecional, de que serán responsables ante las autoridades de su país, luego de que las partes interesadas, o el ministerio público, encargado de perseguir los abusos del poder, lo exija.

Acabamos de decir que, salvo este extremo, la presa debe ser conducida a un puerto de la nación del apresador para ser juzgada. ¿No se juzgaría mejor, puede decirse, por los tribunales de un país neutral, y por lo mismo imparcial, respecto de los dos interesados? No basta ser imparcial para ser competente. Los tribunales de un país, a no ser por delegación expresa de las dos partes, el gobierno del captor y los interesados en la presa, no pueden arrogarse tal autoridad.

La potencia neutral no debe consentir en que la presa se retenga en sus puertos, ni dentro de su frontera marítima, más tiempo que el indispensable para proveer a las necesidades de mar, o para que el apresador se ponga a salvo de la persecución del enemigo. Pero desde que este no está a la vista de la costa, el gobierno del país se hace responsable de una cooperación real, y que no puede justificarse, a favor del apresor, si concurre a la detención del buque apresado, y permite al apresador retenerlo allí por fuerza, después de haber pasado los dos motivos mencionados de urgencia, que le imponían un deber de humanidad (22).

ARTÍCULO IX

Conclusión de la guerra

§ 27

Rara vez termina la guerra con solo la cesación de las hostilidades. Por lo común hay un convenio, más o menos expreso, que constituye el tratado de paz. Después de lo dicho (§ 13) sobre tratados y convenciones en general, poco nos resta por decir sobre los tratados de paz; o, más bien, no habiendo nada que decir, debemos limitarnos a señalar algunos abusos que no raras veces se cometen en ellos.

El primero es embarazar la negociación principal con incidentes, queriendo el más fuerte aprovecharse de su ventaja, para obtener concesiones extrañas al motivo de la guerra que se trata de terminar. Mas puede suceder que estas cuestiones, aunque extrañas al fin, sean de tal naturaleza que hagan temer al vencedor que produzcan más tarde motivo de nueva guerra, si no aprovecha esa ocasión de obligar a su adversario a discutir las. En este caso es justo dictarle condiciones, pues no se trata solo de hacer la paz, sino una paz honrosa y, en cuanto sea posible, permanente entre las dos naciones.

El abuso intolerable y sin excusa es dictar al vencido condiciones inútilmente humillantes, principalmente cuando se oponen a los más claros derechos de la defensa natural, o de la soberanía e independencia de las naciones. Tales son: que no se construyan fortalezas en tal o cual punto de la frontera, que se reduzca la fuerza del ejército o de la armada, que no se pueda admitir más que un número determinado de fuerzas extranjeras, que no se hagan ciertas estipulaciones con otras potencias, que se alteren las instituciones, etcétera. Semejantes estipulaciones, además de irritar a toda la nación y hacer que su gobierno sea despreciable a sus ojos, tienen por infalible resultado el odio general contra los autores de la humillación. Interesados todos en eludir tales condiciones, el gobierno que las impone solo reporta la vergüenza de su innoble conducta. Como solo la fuerza las ha arrancado y se han contraído saliendo del poder concedido al gobierno, solo la fuerza puede obtener su ejecución; pues nada en el mundo convertirá en deber para la nación vencida el cumplimiento de empeños que no hay quien tenga derecho de exigir.

Pero aunque los gobiernos no tengan derecho de impedir que otro gobierno tome las medidas que juzgue necesarias para defensa de sus intereses, no por esto dejamos de estar autorizados para exigir de otra potencia explicaciones sobre el fin de los armamentos extraordinarios que le veamos hacer y que temamos con justa razón se preparen contra nosotros. Si sus respuestas son bastante claras y positivas para destruir toda sospecha, esta franqueza contribuirá a estrechar los lazos de amistad entre los dos pueblos. Si rehúsa darnos las explicaciones necesarias para destruir nuestras sospechas, nos precisa a tomar medidas de defensa, y, aunque no haya tenido intención de atacarnos, se constituye en el deber de satisfacer los gastos a que su silencio, o sus respuestas evasivas nos hayan obligado.

Aquí terminaremos lo que teníamos que decir sobre las negociaciones mismas. Acerca del modo de conducir las, no podemos dejar de fijar la atención sobre una máxima de los diplomáticos, tan general como falsa, a saber: que cada

negociador debe por su parte procurar que prevalezcan los intereses de su país sobre los de las otras potencias con quienes se está negociando. Si fuera verdadera tal máxima, lo sería igualmente para las dos partes, y, por consiguiente, sus negociaciones deberían empeñarse en inclinar cada uno la balanza a su lado, es decir, en romper el equilibrio que van a restablecer; o lo que es lo mismo, en perpetuar, por todos los medios de la astucia y de la cavilosidad, las diferencias que se tratan de concluir. Al contrario, cuando se presenta al enemigo un acomodamiento, en que los intereses de una parte no se sobreponen a los de la otra, en que las pérdidas y ganancias se compensan igualmente por una y otra parte, el diplomático, en vez de una paz falsa y efímera, construirá un edificio de tanta mayor duración, cuanto más basado esté sobre los principios de la rigurosa justicia.

§ 28

Veamos ahora hasta qué punto deben subsistir, después de la paz, e independientemente de los sucesos anteriores a la invasión, las disposiciones, concesiones, enajenaciones, y en fin todos los derechos adquiridos y las obligaciones impuestas o contraídas durante la mansión del enemigo en el país, conforme a sus órdenes y bajo su influencia.

La mayor parte de los publicistas establecen como principio que el gobierno del país, que ha estado algún tiempo bajo la dominación del conquistador, no está obligado a considerar como válido ningún acto del gobierno invasor en provecho de nacionales o extranjeros. Esta doctrina con toda esta generalidad sería eminentemente injusta y muchas veces contraria a los más palpables intereses del país mismo.

Cuando los contratos han sido hechos de *buena fe*, sea con el gobierno del conquistador, sea entre particulares, según las leyes vigentes, no pueden dejar de ser válidos aun después de la conquista. Entendemos por contratos de *buena fe* los celebrados, no solo según las leyes vigentes, sino también sin intención de perjudicar al Estado ni a los particulares, y sin que el que ha contratado con el conquistador se

haya propuesto sacar provecho de la conquista, para dañar a otro, porque no haya podido prever este resultado, o porque, aunque lo previese, fue obligado a contratar. El gobierno de hecho, que existía cuando estos contratos se celebraron, podía imprimirles el carácter de la legalidad civil que, según todos los publicistas, no depende de la legitimidad política del gobierno.

Sin embargo, la condición de *buena fe*, como acabamos de definirla, es muy difícil, y las más veces imposible de probarse, por lo cual las potencias beligerantes, en los arreglos que acordasen al terminar la guerra, deben atender a los derechos que hay que fijar entre los que puedan demandar sus antiguos bienes, después de la retirada del conquistador, y los que por el hecho de la conquista tengan que oponerles derechos no menos sagrados, por cuanto se funden en el principio irrefragable de la buena fe.

Al terminar la guerra, los beligerantes deben declarar si los tratados o las convenciones, que existían entre ellos al romperse las hostilidades, deben recobrar su antigua fuerza: porque el agresor ha cambiado las relaciones que habían contratado antes los dos Estados; ha debilitado la confianza, base de todas las convenciones; y la parte ofendida tiene derecho de no considerarse obligada a observar lo que no prometió sino esperando una correspondencia con la que tiene razón de no contar ya (23).

ARTÍCULO X

Funciones y derechos de los agentes diplomáticos

§ 29

El fin de los agentes diplomáticos es conducir las negociaciones entre los gobiernos, para restablecer o afianzar las relaciones de buena inteligencia entre las naciones, o velar sobre el cumplimiento de los tratados, impedir que se haga

algo en el país en que residen contra los intereses de su nación y proteger los de sus conciudadanos que reclamen su asistencia. Son, pues, como todo funcionario público, mandatarios de la nación que representan cerca de las autoridades extranjeras y con poderes recibidos de sus gobiernos respectivos.

Pueden ser diferentes los grados jerárquicos de las autoridades ante quienes va a ser acreditado un diplomático, y pueden serlo también los de aquellas por quienes es acreditado. Puede, en efecto, ser acreditado por su soberano cerca del soberano extranjero, o por el ministro de Estado cerca de otro ministro de Estado. La jerarquía se divide, pues, naturalmente en dos órdenes que tienen denominaciones distintas. Los del primer orden se llaman *ministros o enviados plenipotenciarios*, y los del segundo, *encargados de negocios, residentes, ministros residentes*, o simplemente *ministros*. Cuando los publicistas hablan de los agentes diplomáticos en general, sin atender a sus diferentes rangos, les dan comúnmente el nombre de *embajadores*. Pero esta denominación se emplea de ordinario para indicar aquellos ministros diplomáticos que no solo han recibido las credenciales inmediatamente de sus soberanos, como los *enviados*, sino que están destinados a tratar con el soberano mismo cerca del cual son acreditados: mientras que los *enviados* y *encargados de negocios* tratan con los ministros de Estado u otros agentes diplomáticos de la Corte en que residen.

El honor de tratar inmediatamente con el soberano, que en realidad eleva al embajador sobre todos los otros ministros diplomáticos, ha dado origen a la clasificación generalmente recibida de estos ministros en tres órdenes: embajadores, enviados, encargados de negocios (24).

Hay otra clase de funcionarios públicos para los países extranjeros, que, teniendo por esta sola razón derecho incontestable a ser considerados entre los agentes diplomáticos, son sin embargo excluidos por la mayor parte de los publicistas. Hablamos de los cónsules. Los que comprenden entre dichos agentes forman de ellos un cuarto orden. Nace esta divergencia de opiniones de que el cónsul puede no ser más

que un apoderado para lo civil, respecto de los intereses particulares o del Estado de que es mandatario, ante las autoridades administrativas o judiciales del país en que reside, y a la verdad que cuando no ejerce más que estas funciones no se le puede considerar entre los agentes diplomáticos. Pero cuando el gobierno no se limita a encargar al cónsul la representación de los intereses civiles y le inviste de funciones diplomáticas, de modo que deba sostener los intereses de su nación y de sus conciudadanos ante el ministro de Estado, es, sin duda, agente diplomático. Todos los cónsules tienen en efecto estas atribuciones, y bajo esta calidad son acreditados cerca del ministro extranjero por credenciales, como los encargados de negocios, o por las patentes en que el soberano les confiere el consulado.

Comparando las patentes firmadas por el rey con las credenciales de los enviados, firmadas también por el soberano, se advierte que éstas son dirigidas al soberano cerca del cual debe residir el enviado, al paso que las patentes por sí mismas constituyen un mandatario civil, cerca de autoridades civiles administrativas o judiciales. De donde se sigue que, si hacemos abstracción de las funciones civiles que nada tienen de común con las diplomáticas y consideramos a los cónsules ejerciendo estas, no pueden constituir nuevo orden de agentes diplomáticos; porque, o están habilitados de credenciales para el ministro de negocios extranjeros, como los encargados de negocios, o en lugar de ellas tienen patentes, y las patentes no son más que actos ministeriales dirigidos en nombre del rey y revestidos de la firma real. Las patentes son firmadas por el rey, aunque no pertenezcan a la clase de los diplomas reales como las credenciales de los enviados; porque no testifican que el rey haya honrado con su confianza al cónsul, como lo hace con el enviado. La firma real se pone en estos diplomas solo porque, teniendo el cónsul que manifestar sus poderes ante los tribunales del país de su residencia, necesita hallarse expresamente autorizado por el soberano de aquel país, y esta autorización no puede recaer sino sobre un diploma firmado por otro soberano. De aquí resulta que las patentes, en cuanto

conceden a los cónsules atribuciones diplomáticas, entran en la categoría de las credenciales que llevan los encargados de negocios, y que también emanan inmediatamente del ministerio, como ya lo dijimos.

Lo que ha contribuido, además, a que se niegue a los cónsules el carácter de agentes diplomáticos es la jurisdicción voluntaria y algunas veces contenciosa que se les ha concedido, y nunca a los agentes diplomáticos. Entre las atribuciones de esta especie de magistratura han desaparecido las diplomáticas, que deben ejercer estos apoderados de sus conciudadanos y particularmente del comercio en materia civil cerca de los tribunales del país.

Como no hemos de volver a ocuparnos de las atribuciones que distinguen a los cónsules de los agentes diplomáticos, que son el objeto de este tratado, observaremos que la jurisdicción de los agentes consulares jamás debe extenderse hasta las diferencias, que en materia criminal puedan suscitarse entre sus conciudadanos. Estas causas no pueden seguirse en el tribunal de un solo individuo, que carece de los medios que la ley concede a los más ilustrados magistrados, sin que alcancen estas precauciones a dar entera garantía contra los errores voluntarios o involuntarios de sus decisiones. Añádase a esto que, por las mismas razones que las sentencias de un cónsul no pueden ejecutarse en país extranjero cuando el asunto es criminal, como lo hemos demostrado (§ 9), tampoco pueden ejecutarse en el país a que el cónsul y el reo pertenecen, antes de que se haga allí el examen que la parte tiene derecho de pedir, porque en país extranjero no ha sido juzgada por sus pares, esto es, por personas a quienes haya acordado, o no haya podido rehusar su confianza. Por la misma razón, la jurisdicción del cónsul no debe ejercerse en causas civiles contenciosas, porque también en estas las partes tienen derecho de ser juzgadas por sus pares, o, lo que es lo mismo, por un *juri* compuesto de jueces que tengan la confianza de las dos partes, o contra los que, a lo menos, no tenga motivos de desconfianza (25).

§ 30

Hablando de los tratados de paz hemos ya indicado algo sobre el modo como el diplomático debe conducirse en las negociaciones. Añadiremos ahora, que, antes de aceptar la comisión que se le confía, debe considerar maduramente sus propias fuerzas y la naturaleza del negocio, pues ni todos son aptos para llenar el deber que se les imponga, ni todos piensan del mismo modo sobre la justicia, o injusticia de la causa cuya defensa se les encarga.

Después de convencido el diplomático de la legitimidad de las pretensiones que ha de sostener, y de que posee las fuerzas necesarias, puede encargarse de la misión. Pero debe exigir todavía instrucciones tan claras y explícitas, que no le quede otra responsabilidad que la de su estricta ejecución. No sería menor imprudencia aceptar esos testimonios de una confianza tan lisonjera como falsa, que llaman poderes ilimitados, que apartarse en lo menor de las instrucciones escritas, cualesquiera que puedan ser las explicaciones o autorizaciones verbales que se hubiesen añadido, pues nunca debe olvidarse que el hombre público es responsable de su conducta no solo al gobierno, sino también, principalmente en un país constitucional, a toda la nación, a aquellos cuyos intereses ha manejado, en una palabra, al público.

Mas como, por explícitas que sean las instrucciones, no siempre tenemos entera certidumbre de haberlas comprendido, jamás debe el diplomático concluir negociación alguna sin la condición de que la apruebe su gobierno: condición cuya necesidad se hará palpable a medida que el artículo sea importante, y que se dude sobre las verdaderas intenciones del gobierno. Pero debe haber bastante circunspección para no dejar traslucir las dudas, que pudieran inspirar a aquellos con quienes tratamos una desconfianza, que daría a las convenciones una incertidumbre diametralmente opuesta a las miras que deben tenerse en asuntos de tan alta importancia. La *circunspección diplomática*, notémoslo de paso, debe consistir en no expresar todo lo que se sabe o se piensa, sin que por esto la *ciencia diplomática* sea, como muchos

creen, la ciencia de saber expresar algunas veces lo contrario de lo que se piensa. Se debe ser *discreto*, pero nunca es lícito ser falso.

No podemos, pues, aprobar el uso, o, más bien dicho, el fraude que se ha empleado algunas veces, y que no puede engañar a nadie, de dar el diplomático dos especies de *instrucciones*: unas secretas para su uso, y otras ostensibles con disposiciones contrarias. Tal doblez pone al negociador en contradicción consigo mismo, y perjudica al objeto de la negociación.

No basta que el diplomático sea leal y franco, debe además adquirir medios para probar que lo ha sido. Así, no debe descansar en la buena fe de aquel con quien trata, sobre los asuntos importantes que hayan pasado en sus conversaciones. Por eso el uso ha establecido las notas verbales, que son la exposición escrita de lo que se ha expresado verbalmente en la conversación con la persona a quien se dirige la nota. Por lo común no se firman, pero no es prudente remitir una nota, memoria, *memorándum*, o como se quiera llamar a estos escritos, sin firma. Algunas veces, y esto no debería omitirse nunca en las negociaciones de importancia, se hace redactar por el secretario de la legación, u otro oficial de ella, el protocolo de la conferencia.

No se debe evitar menos otro extravío, muy común por desgracia entre los diplomáticos, de querer engañarse recíprocamente, procurando cada uno hacer caer en sus redes al otro. Hemos manifestado los inconvenientes de esta conducta en otro lugar. Por el contrario, usando de una prudente *franqueza*, se debe procurar adquirir la confianza de las personas con quienes se trata; y solo por la *lealtad*, nunca por la *falsedad*, que tarde o temprano se descubre, puede lograrse esto.

Los medios de corrupción de que se hace uso para penetrar lo que con razón, o sin ella, quiere tener secreto el gobierno, confirman la odiosa prevención que hay en general contra los agentes extranjeros, a quienes se considera como espías autorizados. Todas las miradas, tanto de las personas

con quienes trata, como las de otras muchas de quienes nada sospecha, están fijadas en el diplomático; y debe contar con que si sus comunicaciones no son leídas antes de salir del lugar de su residencia, su contenido, al menos, será seguramente transmitido a los gobiernos interesados por los agentes públicos o secretos que residan cerca de su gobierno. Si quiere usar de cifra, hallarán medios de sorprender la clave; y aunque no lleguen a descifrar su contenido, basta que se sepa que usa esta especie de correspondencia para que el diplomático se haga sospechoso a aquellos que se crean objetos de estas secretas comunicaciones (26).

He aquí lo que nos ha parecido necesario observar acerca del arte del negociador. Pasemos a las otras funciones de los agentes diplomáticos, que miran a los individuos de su nación.

Dijimos ya que no se acostumbra concederles jurisdicción sobre sus conciudadanos que se hallan en el país de su residencia. Sus funciones respecto de éstos se reducen a tres: *reconocimientos*, *defensa* y *acusación*. Expondremos ligeramente su naturaleza y los deberes que imponen.

Hay *reconocimiento* siempre que el ministro testifica la identidad y la calidad de un individuo, o legaliza, a solicitud de los interesados, documentos de las autoridades de su país, que necesitan esta formalidad para poder ser presentados ante las autoridades locales. En general, el ministro está obligado a atestar ante las autoridades del país, por conducto del ministro de negocios extranjeros, la identidad de las personas de aquellos conciudadanos suyos que lo haya menester, con todas las circunstancias que ante él hayan ellos probado. Pero hay particularmente dos circunstancias en que es frecuentemente necesario el reconocimiento: las *presentaciones en la corte* y la expedición de pasaporte.

Sin detenernos en el ceremonial de las presentaciones, porque solo tratamos de los principios invariables de la ciencia, nos limitaremos a notar que el ministro debe exigir en este caso, como en los demás en que tenga que apoyar las

pretensiones de sus conciudadanos, que se les trate como se acostumbre tratar a los individuos de las otras naciones en las mismas circunstancias. No necesita para esto autorización especial de su gobierno. Basta que éste no se lo haya prohibido. En cuanto a los pasaportes, ya que los gobiernos, usando, o más bien abusando de la fuerza que les han confiado los pueblos, se obstinan en exigirlos de todos los que entran o salen, los agentes diplomáticos agravan de un modo enorme este abuso del poder, cuando rehúsan dar o visar pasaportes a sus conciudadanos, que producen pruebas irrecusables de que lo son, bajo pretexto de no querer exponerse a prestar protección a los que no quieren o no pueden producir testimonio de su buena conducta y que pudieran ser vagabundos o criminales. El crimen no se presume; y el fin del pasaporte es solo probar la identidad y nacionalidad del que lo lleva, sin perjuicio de la acción que los ofendidos o la justicia pública tengan derecho de ejercer contra él.

Al lado de este abuso del poder hay otro abuso de forma de los embajadores, que no se opone menos al buen sentido que al orden que debería guardarse. Los que llevan los pasaportes se exponen a sufrir grandes molestias, por la irregularidad de que aquí hablamos. Consiste en que muchos diplomáticos, por un orgullo mal entendido, creen que se degrada su dignidad, firmando el pasaporte o el *visto bueno*; y abandonan esto a sus secretarios, que firman añadiendo la cláusula *por orden de su excelencia*. Basta referir tal uso para que cada uno pueda apreciarlo en su justo valor.

Nos falta hablar de la última especie de reconocimiento, que es la *legalización*. Esta es una de las necesidades sociales que no se han arreglado entre los gobiernos como habría podido y debido hacerse. Hay aquí dos cosas que examinar: 1.º Si las firmas de los diplomas o documentos no están falsificadas, 2.º si están ellos arreglados en la sustancia y en la forma a las leyes del país. Cuando son sentencias en materia sentenciosa, administrativa o judicial, es necesario averiguar también si han pasado en autoridad de cosa juzgada. De estos tres objetos, sobre los que debería recaer la legalización,

solo se ha pensado en el primero y de una manera muy imperfecta. No conociendo los diplomáticos más que la firma del ministro de negocios extranjeros de su país, y no siendo conocida la de ellos sino de estos ministros, todos los papeles de las provincias que necesitan legalización para país extranjero deben conducirse hasta la capital, con grave perjuicio de las partes. Nada es más fácil que remediar esto: pero no se ha pensado en ello.

La segunda atribución de los agentes diplomáticos es la defensa de sus conciudadanos, siempre que la invoquen ante el gobierno del país. Es una verdad que no necesita demostrarse, pero que no es inútil recordar que esta intervención no debe emplearse sino en favor de solicitudes conforme a las leyes del país, y únicamente cuando se hayan agotado por los interesados todos los medios legales ante las autoridades subalternas, o cuando la naturaleza de la cuestión sea tal, que no pueda resolverse sino por la autoridad suprema del Estado.

La tercera atribución que hemos llamado *acusación* tiene algo de chocante, lo confesamos, mas creemos que dejará de parecerlo luego de que se comprenda nuestro pensamiento.

Dijimos (§ 9) que si el derecho de gentes filosófico se opone a la *extradición* de las personas, a quienes reclama un gobierno extranjero para que lo juzguen sus tribunales, o sufra la pena que ya se le haya impuesto, no repugna menos a este mismo derecho que un criminal, con solo mudar de país, logre por una parte escapar de la satisfacción que exige de él, no la justicia particular de un pueblo, sino la justicia de la humanidad; y por otra eludir el deber de indemnizar a la parte ofendida de las pérdidas y daños que le haya causado. Concluimos de aquí que el ofendido y el gobierno del país en que se cometió el delito tienen derecho de perseguir al criminal en el país, bajo cuyas leyes ha preferido responder de su conducta. Si hubiera él permanecido en el país, al ministerio público tocaba demandarlo por la relación que esto tiene con la justicia general. En el país extranjero en que se ha refugiado toca al representante de la nación hacerlo perseguir ante los tribunales, conformándose a las órdenes e instrucciones

de su gobierno: pero sometiéndose también a las consecuencias, que, según las leyes del país, deban resultar contra todo acusador que pierde su causa, además del derecho que la parte y el ministerio público tienen de perseguir la calumnia, y sin perjuicio de la acción por pérdidas y daños que la parte absuelta tenga derecho de reclamar.

§ 31

Por no interrumpir la serie de las ideas al exponer los deberes de los agentes diplomáticos, considerados bajo el punto de vista más general, nos abstuvimos de añadir a nuestras observaciones sobre el arte del negociador lo que teníamos que decir relativamente a los congresos: materia importantísima, pues el historiador, panegirista, y testigo ocular del Congreso de Viena, Mr. de Flassan²², no tiene embarazo para asegurarnos que en *Viena misma la mayor parte de los plenipotenciarios no tenían más que una idea muy imperfecta de las atribuciones de un congreso*. (*Histoire de Congrès de Vienne*, tom. 1er. pág. 1)

Remitiendo al lector al análisis que acabamos de citar en la nota, para la refutación de las doctrinas de Mr. de Flassan sobre la naturaleza y las atribuciones de un congreso diplomático, diremos en pocas palabras lo que nos falta añadir sobre este modo de negociar.

Lo primero que debe fijarse es el lugar de la asamblea, cuya elección no puede ser indiferente, sobre todo cuando el congreso debe reunirse durante la guerra y con el fin de conseguir un tratado de paz; porque entonces no puede de tenerse sino fuera de las líneas de operaciones de los ejércitos enemigos. En todo caso conviene elegir el lugar en que se consulte mejor la libertad en las deliberaciones y la fácil comunicación de cada ministro con su gobierno, para que pueda recibir órdenes en el más breve término posible.

22 *Quaeque ipse clarissima vidi. Este es el epígrafe de la obra de Mr. de Flassan; véase el análisis de esta historia en el número 4 de la Revue Trimestrielle.*

Si el lugar preferido está situado dentro de las líneas de operaciones de los ejércitos, deberá declararse él y sus contornos hasta una distancia determinada, en estado de neutralidad, a fin de que ninguno de los beligerantes aproxime fuerzas que puedan influir en los debates del Congreso.

Los ministros que se hallen reunidos deben invitar, por su propio interés, a tener parte en el congreso a todas las potencias interesadas en los artículos que han de discutirse; y debe admitirse también a las que pretendan concurrir, en virtud de su derecho, de aprobar o impugnar las decisiones del congreso en lo que tenga relaciones con ellas. Porque el fin de estas asambleas es terminar las disensiones por acuerdo común; y no podrá esto conseguirse si se excluye a alguna de las partes interesadas, por pequeños que sean los intereses que tenga derecho de sostener.

Por consiguiente, cuando se excluya del congreso a alguna de las potencias interesadas en sus deliberaciones; o cuando los representantes de las cortes más influyentes oculten la parte de las resoluciones que hayan tomado ellos separadamente, los representantes de las potencias excluidas deben protestar formalmente contra todo lo que se haya discutido, resuelto o acordado sin que se les haya dado una parte igual a la de los demás miembros del congreso, interesados como ellos en las decisiones. La necesidad de estas protestas nace del uso en que están ciertos gobiernos de considerar como aprobado, por el consentimiento tácito de todos, los actos practicados o de que se ha dado cuenta en las sesiones generales, sin que ninguna potencia haya protestado contra lo que se oponga a sus derechos; y olvidan que, excluyendo a sus representantes de los debates, no les ha sido posible oponerse a aquellos actos durante el congreso.

No hay cosa más absurda, ni más contraria al fin mismo del congreso, que el principio adoptado por las cuatro potencias influyentes en el de Viena, de no discutir en plena asamblea de los representantes de todas las partes interesadas; y no pudieron oponer sino muy frívolas razones sus representantes a los irresistibles argumentos del gran

estadista que representaba al gobierno francés. «El proyecto francés, dice el historiador que acabamos de citar, *fue rechazado como una pretensión que tendía a introducir en el congreso la marcha de las asambleas nacionales*». Esto quiere decir que se habían reunido para hacer aprobar en asambleas generales, como hemos dicho, lo que hubiesen resuelto por oficios y contra oficios, y por comisiones de solo los ministros de las potencias más influyentes; *porque el método de oficios y comisiones es el más cómodo para los hombres mediocres, además de la facilidad que proporciona a la intriga y a la mala fe* (*Analyse de l'histoire*, de Mr. de Flassan).

Tanto como esto, se opone a la independencia de las naciones, que las potencias influyentes en el congreso se mezclen en los asuntos, que, no teniendo relación con ellos, e interesando exclusivamente a cierto número de naciones, solo deben tratarse por los representantes de éstas. El ministro que se sometiese a negociar, permitiendo la intervención de aquellas potencias, comprometería la dignidad e independencia de su nación; porque a su tiempo se alegrarían las estipulaciones concluidas de este modo, bajo la garantía del congreso, como parte del derecho positivo de las naciones, a cuyo mantenimiento se cree que todos los gobiernos y todos los pueblos deben contribuir con todas sus fuerzas, sin hacer sobre ello el menor examen.

§ 32

El orden de las materias exige que, después de haber tratado de las funciones de los agentes diplomáticos, hablemos de sus inmunidades y prerrogativas. Las que se derivan de la naturaleza del empleo, son y deben ser en todas partes invariablemente las mismas, y no pueden disputárseles, pero otras son concesiones enteramente gratuitas, y, por consiguiente, arbitrarias y variables según la diversidad de usos y costumbres de diferentes pueblos, o de un mismo pueblo en diferentes épocas. Entre éstas hay algunas abusivas e incompatibles con los principios de la justicia, principalmente donde haya un régimen verdaderamente constitucional.

Hablemos de las primeras. En un país bien gobernado todo ciudadano está seguro de la protección eficaz de las leyes y de las autoridades públicas, pues, aunque algunas autoridades se la nieguen, encontrará otras que se la presten; y, en fin, tarde o temprano habrá quien tome su defensa contra los abusos del poder.

El diplomático extranjero se encuentra en una categoría muy diferente. Como encargado de trabajar en el restablecimiento o la conservación de la paz entre las dos naciones, es el blanco de las intrigas y artimañas de todos los que tienen interés en oponerse a esto. Por otra parte, no solo participa el diplomático de la preparación general que se tiene contra los extranjeros, sino que es mirado, aun por las personas de rango elevado en la jerarquía social, como agente pagado para obrar contra los intereses del país en que reside. Era preciso, pues, que la ley de las naciones rodease de una protección muy particular a los agentes diplomáticos, para suplir el apoyo que no deben aguardar ni de los magistrados, ni de los ejecutores de la ley civil; esto lo atestiguan innumerables hechos de la historia de todos los siglos y de todas las naciones. De este principio se deriva la inmunidad de persona, y morada del ministro extranjero.

Por la primera de estas inmunidades, el ministro está exento, en lo civil y criminal, de la jurisdicción ordinaria de las autoridades del país en que se halla acreditado. Por lo que toca a su morada, no es lícito a los agentes del poder ejecutivo ni del poder judicial penetrar en ella bajo ningún pretexto, ni aun con las formalidades que garantizan la morada del ciudadano contra el abuso de las visitas de domicilio. El equipaje de los agentes diplomáticos está y debe estar, como consecuencia del mismo principio, exento de toda visita en las fronteras, en la entrada de las ciudades, y en todos aquellos casos en que el registro se manda o permite respecto de los nacionales o extranjeros.

No se ha de imaginar por esto que la exención de la jurisdicción de las autoridades administrativas o judiciales, acordada a los agentes diplomáticos, no tenga límites. Mientras

no haya ningún género de disputa entre el enviado y algún habitante, o el ministerio público, el negocio puede no salir de las autoridades administrativas; y estas deben saber hasta dónde pueden extenderse sus miramientos, para apartar toda sospecha de ataque a la libertad de las acciones, o a la seguridad de la persona del ministro extranjero.

Pero cuando los derechos de algún habitante o del Estado se hallan comprometidos por el enviado, debe distinguirse si el caso en cuestión pertenece a lo civil o a lo criminal. En los negocios civiles no hay dificultad real para que el ministro nombre apoderado, que comparezca en su nombre ante los tribunales en calidad de demandado, como está en uso hacerlo cuando un agente diplomático quiere demandar a algún ciudadano civil o criminalmente.

Si el asunto es criminal, debe distinguirse el procedimiento de la decisión; y en ésta, los derechos de la parte civil de los de la justicia representada por el ministerio público. Por lo que mira al procedimiento, el enviado puede, como en las causas civiles, hacerse representar por apoderado; y cuando la sentencia del tribunal lo declare culpable, la satisfacción de la parte civil seguirá su curso, del mismo modo que en las causas civiles, es decir, se ejecutará la sentencia en los bienes que tenga en el país; y el gobierno dará los pasos necesarios cerca del gobierno del enviado para el pago de lo que adeude aún, con los bienes que posea en su país. En cuanto a la pena, que solo a la justicia toca exigir, las consideraciones que los gobiernos se deben recíprocamente reclaman que aquel cuyas leyes viola el enviado haga al otro la justicia de creer que aplicará al culpable la pena a la que sea acreedor su delito, pues ningún delito debe quedar impune.

Si sucediese, como más de una vez ha sucedido, que el gobierno del enviado sea cómplice e instigador del delito, el gobierno ofendido tiene el derecho de castigar en la persona del ministro criminal la parte que él haya tomado, obrando con su gobierno como lo exija la ley de las naciones y el bien del Estado.

Los publicistas de la escuela histórica, para quienes lo que practican las potencias de cierto rango constituye la regla que debe seguirse en todas partes, nos preguntarán qué queda, después de esto, de la exención que, según nosotros mismos confesamos, debe concederse a los ministros diplomáticos. Respondemos que en lo criminal la exención consiste en dejar a su gobierno, como acabamos de decirlo, la aplicación de la pena que hayan merecido después de que el delito haya sido probado, y que se haya satisfecho a la parte ofendida. En lo civil, el resultado no puede ser más que el embargo de los bienes muebles o inmuebles que el enviado posee en el país; y la inmunidad de que goza el diplomático no puede extenderse más allá de los límites indicados por el motivo mismo en que tiene su origen.

Como ministro de paz entre las dos naciones, tiene derecho de exigir que respecto de él no se practique nada que pueda oponerse de alguna manera al fin de su misión; y esto es todo lo que puede exigir. No atacando su persona, ni violando el archivo en que suponen documentos que interesen al logro de aquella misión, lo demás no puede estar exento de la ley común, sin que se hieran los derechos de las partes interesadas. Si las leyes del país ordenan o permiten en ciertas causas la prisión, no podrán aplicarse a la persona del enviado. Si las leyes que reglan el modo de ejecutar el embargo permiten la inspección de los papeles del ejecutado, para impedir que libre del embargo documentos que representan valores a que la parte, en favor de la cual se practica la diligencia, pueda tener derecho, cuando se trate de un ministro diplomático no debe esto permitirse, porque todas las personas que pudieran encargarse del examen de dichos papeles son sospechosas, según lo hemos manifestado al principio de este párrafo.

Pero, pudiendo el enviado poner en seguridad su archivo y no atacando la libertad de sus acciones, ni su persona, lo demás no puede sustraerse de los principios invariables que la justicia universal tiene establecidos. Sea que el enviado haya provocado la sentencia de embargo, contrayendo

deudas sobre sus facultades; sea que haya dado ocasión a ella, constituyéndose responsable de pérdidas y daños, por consecuencia de una acción civil o criminal, el resultado es siempre que todo lo que posee, hasta el monto del valor que se haya adjudicado a la parte interesada, se hace propiedad de ésta; ninguna ley puede obligarla a sacrificar su derecho.

No hay, pues, cómo justificar a la ley que se arrogue el derecho de impedir que un acreedor entre en posesión de los valores que se le hayan adjudicado por sentencia judicial, bajo el pretexto de que se hallen en la casa del ministro extranjero condenado como deudor, si los ejecutores toman las precauciones indicadas, de poner en seguridad la persona del enviado y su archivo.

De aquí se sigue que la inmunidad de la morada y, por consiguiente, la del equipaje del enviado, está subordinada en todo caso a las dos condiciones de la inmunidad de la persona y del archivo cuando hay sentencia de embargo; porque solo bajo este doble punto de vista puede sostenerse la inmunidad de la persona.

No habiéndose concedido esta inmunidad sino con el fin de evitar todo lo que turbe la buena inteligencia entre las dos naciones, bien se ve cuán absurda es la pretensión, que se ha tenido algunas veces de que las casas de los ministros extranjeros fuesen asilos inviolables, donde no se permitiese penetrar a los ejecutores de la justicia, para aprehender a los malhechores refugiados en ellas.

El enviado que se arrogase el absurdo derecho de favorecer en su casa la impunidad de los malhechores faltaría en un punto muy esencial al respeto que se debe a las autoridades constituidas; y éstas, cuando el caso sea tan grave que no deban limitarse a tomar fuera de la casa medidas para impedir la fuga del criminal, tendrán que prevenir al enviado que guarde sus papeles y tome las medidas convenientes de seguridad, para que el registro de la casa se haga en todos los sitios en que el malhechor pudiera haberse ocultado.

Si el enviado, rehusando el allanamiento, redujese a las autoridades a la necesidad de emplear la fuerza, él por su propia voluntad se habrá incapacitado para permanecer en el país; y puede ser despedido con todos los miramientos debidos a su carácter público, y con todas las precauciones necesarias para que el criminal pueda ser aprehendido.

¿De dónde viene que tan sencillos principios no se hayan comprendido por los más célebres publicistas, que de común acuerdo sostienen que los agentes diplomáticos no puedan someterse nunca a las autoridades del país, y que su morada, aunque no puede servir de asilo a los grandes criminales, es en todo lo demás inviolable? El error de sustraer a los diplomáticos de la jurisdicción de las autoridades locales nace de las ideas generalmente admitidas sobre el origen de la jurisdicción, cuya falsedad dejamos demostrada (§ 9) cuando hablamos de los extranjeros en general.

Es cierto que, respecto de los enviados, dichos publicistas añaden que se destruiría su alta dignidad y se comprometería su independencia, si se les sujetase a las autoridades locales. Pero fácilmente se percibe que estas no son razones, sitio meras palabras; porque la dignidad nunca padece en presentarse como demandado, si no padece en presentarse como demandante. Y nadie ha pensado que se degrade el enviado, presentándose ante los tribunales para ejercer acción civil o criminal, y, lo que es más, todos convienen en que cuando la acción principal da origen a una acción de reconvencción, o a una tercería de otro interesado, el enviado queda sometido a la jurisdicción del tribunal como demandado. Pero esto es, dicen los publicistas, porque él mismo ha renunciado el privilegio. Tal respuesta es contraria a los principios más elementales del derecho. Un privilegio que no se concede a la persona sino al carácter, y en favor de los altos intereses que depende de él, no puede suspenderse solo por la voluntad del empleado.

Las falsas doctrinas, acreditadas entre los publicistas sobre la inmunidad de la morada, no son más que consecuencias de una de aquellas ficciones sobre que los jurisconsultos romanos fundaban las más importantes doctrinas del derecho

civil. Consiste en figurarse que la morada del enviado es parte, no del territorio en que está, sino de aquel a que el enviado pertenece. De aquí concluyen naturalmente que todas las inmunidades del territorio extranjero deben respetarse igualmente en la morada del enviado. Esta ficción singular, con todas sus numerosas consecuencias, es lo que los publicistas han llamado *extraterritorialidad* de la morada del agente diplomático.

No se han detenido aquí los publicistas. Después de haber considerado la casa del enviado como territorio de su país, han creído que con más razón debe confesarse que el equipaje es parte desprendida del mismo territorio. Posteriormente han aplicado la misma ficción a los buques de cada Estado, y por una inconsecuencia, de que no se dignan dar razón, solo la han aplicado a los buques de guerra. He aquí el modo como los publicistas, en vez de derribar los derechos y deberes de los agentes diplomáticos de los principios generales de su mandato, modificados por las circunstancias particulares del mandante y del mandatario, y por la naturaleza del objeto de la delegación, han querido más bien, siguiendo los extravíos de la jurisprudencia romana, establecer como base de sus ratiocinios, ficciones más o menos quiméricas, más o menos absurdas, pero siempre bastante vagas y ambiguas, para prestarse a todas las conclusiones, aun contradictorias, que el interés dicte sacar de ellas.

De las inmunidades y exenciones dependientes de los usos de cada nación y de la voluntad de cada gobierno, nada di remos en una obra destinada únicamente a señalar los principios fijos y generales de la ciencia. La regla que puede establecerse acerca de esto es que todo gobierno es libre para conceder a los agentes extranjeros todas aquellas inmunidades, exenciones y prerrogativas que no ofendan los derechos de los particulares ni los del Estado.

No hay, pues, embarazo para concederles exención de los derechos de aduana de parte, o de todos los objetos que introduzcan para su consumo, y aun que puedan introducir para su uso objetos generalmente prohibidos. Puede haber

en estos favores sacrificios de parte de la hacienda pública. Pueden entorpecer la marcha de la administración. Abusando de ellos, los ministros extranjeros pueden ocasionar desagradables altercados. Jamás habrá sobre esto una perfecta reciprocidad entre dos naciones, porque las leyes de aduana de la una jamás son las mismas de la otra. Estas consideraciones, con todo, solo prueban que sería más conveniente abolir tales exenciones, pero como se puede hallar compensación, ya en la reciprocidad más o menos perfecta de concesiones, y en la correspondencia de respetos, que influyen más o menos en las relaciones de buena inteligencia entre los dos gobiernos, no puede decirse que haya en estas concesiones nada que lastime los derechos del Estado, ni mucho menos de los particulares.

Lo mismo, y con más razón, puede decirse de las distinciones de puro honor que están más sujetas a mudanzas que las inmunidades y exenciones, pero menos expuestas también ofender los derechos esenciales de los ciudadanos y del Estado.

Los honores que miran a la presentación de las credenciales del agente al monarca, o al ministro de Estado, tienen la importancia inherente a las formalidades de la toma de posesión del empleo, de modo que, solo después de esta presentación, se reputa al agente miembro del cuerpo diplomático; y en esta calidad toma parte en las fiestas y solemnidades públicas nacionales, o de la corte. Debiendo considerársele como órgano de su gobierno en la parte que éste toma en lo que interesa al país, se apartaría de la cortesía conveniente, si, en correspondencia de los miramientos que se le guardan, manifestase por actos positivos, o por omisiones, desaprobación o disgusto respecto de los acontecimientos que excitan en el país un regocijo general. El retiro del ministro, que faltase así a los cumplimientos debidos, sería la menor satisfacción que el gobierno tendría derecho de exigir del gobierno del embajador. Y aun debería enviar al ministro imprudente su pasaporte, si el caso tuviese circunstancias agravantes, principalmente si se temiese que su conducta provocase a la multitud a esos actos de violencia, que la policía más vigilante

no siempre puede impedir, y en los que tampoco se puede siempre descubrir a los culpables para aplicarles la pena.

El único caso de excepción es aquel en que los regocijos públicos son ocasionados por triunfos, obtenidos sobre un gobierno respecto del cual es neutral el enviado. Entonces el buen sentido público, ilustrado por las autoridades locales, bastará para poner al ministro extranjero al abrigo de todo insulto (27).

§ 33

Los publicistas deslumbrados con el brillo de los honores, que los gobiernos han prodigado a los agentes diplomáticos, parece que han olvidado que estos honores son, como deben serlo, proporcionados a los rangos de la jerarquía, señalados por la categoría, más o menos elevada de las personas de quienes se deriva el mandato, y de aquellas cerca de quienes lo han de ejercer. En lugar de clasificarlos según el valor de sus mandatos, lo han hecho según los honores que se acostumbra concedérseles. De este falso modo de mirar la cuestión ha nacido la división de los ministros en tres órdenes: embajadores, enviados y encargados de negocios.

No puede negarse que el honor de estar destinado, por el carácter de que se está investido, a tratar inmediatamente con el soberano, establece a primera vista en favor de los embajadores un título de preeminencia sobre los enviados, que no gozan de aquel honor, sino por un especial favor de los monarcas cerca de quienes están acreditados. Pero si se examina la cuestión más de cerca, se ve al punto que hay más apariencia que realidad en esta distinción.

Las misiones de soberano a soberano solo existen cuando los dos príncipes son monarcas absolutos, pues en una monarquía constitucional el soberano no puede ejercer las atribuciones del reinado, sino por medio de ministros responsables señalados por la ley. El monarca constitucional y el embajador no pueden tratar, pues, de los negocios de las naciones en calidad de soberano el uno, ni de agente diplomático el otro. Tampoco podría tratar válidamente con

un soberano absoluto, sin la intervención de su ministro, el embajador de una República, o de la monarquía representativa, como agente de un gobierno constitucional; porque solo las convenciones firmadas por el ministro, y ratificadas por el monarca, se miran como actos diplomáticos, concluidos bajo la protección del derecho de las naciones. Según esto, como el honor de tratar con el monarca, cerca del cual está acreditado el ministro, sobre los intereses del Estado, puede ser común al embajador y al enviado, sin que ni en uno ni en otro caso estas conversaciones puedan considerarse actos diplomáticos, no existe diferencia real de carácter público entre estas dos especies de agentes. No se debe, pues, admitir más que las dos clases de ministros diplomáticos generalmente conocidos con los nombres de *enviados*, y *encargados de negocios*. Clases realmente distintas, porque aunque destinadas las dos a tratar con el ministerio del país en que residen, los primeros reciben su mandato inmediatamente de sus soberanos, mientras los segundos los reciben por la mediación de los ministros.

Se podría conservar, sin embargo, el nombre de embajador para designar a los ministros que tienen actualmente el nombre de enviados, y sustituir este nombre al de encargado de negocios, que tiene una significación demasiado general, y no muy propia para determinar una clase especial de agentes diplomáticos. El epíteto de *residentes* pudiera servir para distinguir a los embajadores o enviados con misión permanente, de los que solo se encargan de una misión extraordinaria.

Sea como fuere, luego que se venga en conocimiento de que la clase de agentes diplomáticos que hoy tiene el nombre de embajadores, no puede existir en un gobierno representativo todo el fastuoso aparato de ceremonial que los distingue, y que no puede conciliarse con las costumbres, ni con las ideas de nuestro siglo, dejará de fascinar los ojos del vulgo. Aconsejan esta reforma la necesidad de simplificar las relaciones entre las naciones y la de una juiciosa economía en los gastos públicos.

Pero cualquiera que sea el partido que los gobiernos crean conveniente abrazar cerca de esto, será siempre necesario fijar los principios de aquella parte del ceremonial diplomático que mira al arreglo de precedencias, fuente inagotable de disputas tan desagradables como indecorosas entre los gobiernos. Así, esta materia es uno de los principales objetos de la ciencia diplomática. Pero como las más veces los encargados de facilitar los medios de poner término a estas indecentes cuestiones no han podido resolverse a dejar a un lado el orgullo nacional, que era su verdadero origen, todas las reglas propuestas sobre esto no han servido más que para hacer brotar nuevas cuestiones, en lugar de resolver las que existían.

Ya se ha querido tomar por base la antigüedad de la independencia del país a que el enviado pertenece: ya la forma de su gobierno, ya el título del soberano que representa, ya la fecha de la presentación de sus credenciales, omitiendo aquí otras reglas más irracionales todavía. ¿Quién ignora lo difícil que es fijar la época de la independencia de los diferentes pueblos, cuando se observa que todos han cambiado muchas veces de estado, y pasado alter nativamente de la sujeción a la independencia? Los otros tres principios llevan consigo el inconveniente de obligar a los ministros de las grandes naciones, como Francia, Inglaterra, o Estados Unidos, a ceder el puesto al ministro de un pequeño Estado como Cerdeña o Dinamarca; porque al fin el rango jerárquico de cada nación depende del que tiene en la escala del poder verdadero.

La cuestión no puede rodar, pues, sino sobre encontrar, entre los diversos elementos del poder, el que sea su indicio más infalible y más fácil de averiguarse. Traída a este punto, la cuestión no puede quedar mucho tiempo sin resolverse. Nadie ignora que la población es el signo más cierto de la fuerza nacional, o porque ella es el resultado de una buena administración, o porque no puede conservarse sin hacer rápidos progresos hacia la civilización y a la prosperidad. Conforme a esta base de la grandeza relativa de las naciones, debe arreglarse la precedencia de sus representantes en las

Cortes extranjeras. Se entiende que este orden de precedencia es independiente del que debe observarse entre los ministros de primera y segunda clase.

No será inútil indicar aquí que los embajadores, no limitando su orgullo a creerse por su carácter diplomático inmensamente superiores a los enviados, han pretendido la preferencia aun sobre los miembros de las familias reales, exceptuando solo las testas coronadas. Para que se palpe todo lo absurdo de la pretensión, basta advertir que, según este principio, un embajador que se encontrase, en la Corte en que está acreditado, con el hijo de su soberano debería o tener la preferencia sobre él, lo cual es absurdo, o cedérsela separándose de los otros embajadores, lo que contradice la regla que se pretende establecer.

¿Y cómo, se nos preguntará, ha podido admitirse generalmente tal absurdo? Porque no llaman absurda una doctrina sino cuando es contraria a todos los principios. Mas cuando es consecuencia de un principio generalmente recibido, aunque opuesto a algunos otros, se lisonjean de poder conciliarlo con ellos, y se considera uno de los puntos difíciles de la ciencia.

Esto es lo que ha sucedido a la doctrina sobre el carácter del embajador. Considerando los publicistas que un soberano no puede descender a tratar oficialmente sobre asuntos que interesan a su Corona y a la de otro soberano, con quien no sea el soberano mismo, han concluido que el embajador admitido a gozar de esta honra no representa solo el asunto como el enviado, sino también la persona de su soberano. Y han dicho: supuesto que el embajador representa la persona de su soberano, además de los intereses de su misión, deben concedérsele los honores de que goza, por su misión el enviado, y además todos los honores reales que se concederían a la persona del soberano que representa.

No han atendido estos publicistas a que los honores acordados a un soberano en país extranjero, no se fundan en que trata inmediatamente con el soberano de aquel país, sino

en que ejerce en su propio país funciones tan altas como el monarca con quien trata de igual a igual. No se sigue, pues, que el embajador deba gozar de honores reales, porque tenga el de tratar con el monarca extranjero sobre los negocios que le ha encomendado su soberano (28).

**NOTAS DE BARTOLOMÉ
HERRERA**

SECCIÓN PRIMERA

- (1) La primera verdad que establecemos en nuestras lecciones de derecho natural, y que suponemos admitida como incuestionable principio, por cuantos hayan saludado aquella ciencia, es: *que la fuente única de los derechos es la naturaleza*; porque en ella están las relaciones que el hombre tiene con sus semejantes, en cuanto necesita medios externos para realizar el designio de la providencia al crearlo persona y dotarlo de tan numerosas facultades; y porque solo del seno de la contemplación de estas relaciones, que, para decirlo de paso nada tienen que ver con la sensación externa, se eleva la razón a la idea absoluta del derecho en que está contenida la de su imperio soberano.

Según este importante principio que todavía desenvolveremos, y de que haremos en adelante frecuentes aplicaciones, todo derecho es *natural*, como lo son para el buen sentido todas las reglas de la conducta humana.

Pero, conservando su común origen en la naturaleza, los derechos se distinguen por las diferentes relaciones humanas de donde nacen. Así, se llama derecho civil el que resulta de las relaciones particulares de los hombres que forman sociedad; pero no toma este nombre hasta que ha sido reconocido y garantizado en ella. La sociedad permanente que llamamos Nación tiene, como el individuo, su destino señalado por Dios; para alcanzarlo necesita que se conserve la paz de sus miembros, que es como su salud, y que sus facultades se ejerzan ordenadamente y desplieguen toda su energía, lo cual es como su industria. Ni esta salud puede conservarse, ni esta industria nacional ejercerse, sin una autoridad a quien deban todos obediencia. El derecho que resulta de la relación que hay entre la nación, que constituida así tiene el nombre

de *Estado*, y la autoridad que la gobierna, se llama derecho público. Su conocimiento *racional* es una ciencia aparte. El autor la define: *el conjunto de principios que reglan en favor de cada nación el ejercicio de los poderes políticos del Estado.*

Antes de presentar las razones que nos impiden adoptar esta definición; antes de comenzar a apartarnos, como tenemos necesidad de hacerlo en estas notas, de algunas de las doctrinas del señor Pinheiro, debemos manifestarle nuestro respeto. Es el primero que haya indagado tan prolija y profundamente la razón de cada una de las partes del actual sistema político: abandona el empirismo rutinero de la escuela histórica, y se lanza con intrepidez en pos de los principios. La nobleza del mérito y la responsabilidad de todo funcionario público, aunque pertenezca a las cámaras, son dos bases constitucionales que harán siempre apreciables su derecho público interno, para cuantos cultivan este ramo. Estas prendas nos decidieron a adoptarlo por texto.

Mas al arrancarse del sistema meramente experimental, lo cual le honra sobrado, no alumbraba tan claro como hoy la luz de la filosofía *racionalista* y llevó consigo un fragmento del cuerpo que abandonaba; fragmento pesado y funesto que le hizo algunas veces naufragar; hablamos del principio egoísta de Bentham. Es muy grave deber nuestro señalar este riesgo a nuestros alumnos, y solo una consideración tan seria podía vencer la timidez que experimentamos, al colocar nuestras reflexiones al lado de los pensamientos de tan distinguido escritor.

No admitimos su definición del derecho público, no tanto porque supone la división del poder soberano, en que todavía, según el orden de las ideas del compendio, no está instruido el cursante, como porque adopta por principio del derecho la utilidad de la nación. Si la utilidad fuera realmente el principio del derecho, ¿qué iniquidad no sería lícita luego de que se esperara de ella algún provecho? Baste esto por ahora; en otro lugar examinaremos

detenidamente las ideas del autor sobre la materia. Nosotros definiríamos el derecho público como «la ciencia del derecho que nace de las relaciones que existen entre la suprema autoridad y la nación, considerada respecto del fin a que Dios la destina, y de los auxilios o estorbos que para alcanzarlo puede hallar en los hombres». Como estos auxilios y estos estorbos pueden venir de los individuos mismos que forman la sociedad, o de otra nación, el derecho público se divide en interno y externo.

No estamos enteramente de acuerdo con el autor sobre su clasificación de los derechos naturales. La consideramos con mucho más mérito que la de aquellos que, proponiéndose hacerla más exacta y más general posible, incluyen la *igualdad* que, en su sentido ordinario, es una injusticia y en el legítimo no es derecho tampoco, sino atributo común a todos los derechos; y consideran además la *sociabilidad* y otros, que sin duda son derechos, pero muy particulares para que figuren aparte, como miembros de la división de que se trata. Más todavía, por la misma razón que la igualdad, se debe suprimir la seguridad. El autor determina este derecho con el nombre de *seguridad personal*, para huir de la idea vaga que presenta y limitarlo a la persona.

Su pensamiento si ha querido abrazar el derecho que nace de *ser personal*, es incompleto; porque no solo tiene derecho de existir cada persona humana sino el de ser tratada como tal, y el conjunto de consideraciones que se le deben no se determina bien por la palabra seguridad. Los nuevos escritores llaman al derecho general de la persona *personalidad*; este derecho es el fundamento de todos los derechos, o más bien es el único derecho, pues ninguno tiene el hombre, sino porque es ser racional, dueño de sí mismo o persona; y todo derecho es el de personalidad, considerado bajo alguno de los diferentes aspectos que resultan de los diferentes modos de ver a la persona.

Ahora, la persona del hombre, bajo el punto de vista jurídico, esto es, en cuanto exige algo de sus semejantes, no puede considerarse sino en las facultades que le pertenecen, en el ejercicio de estas facultades, y en cuanto necesita medios materiales para la conservación y el ejercicio de ellas. De aquí nace la división rigurosa del derecho en derecho de *personalidad* de la persona (conservando al primer derecho el nombre común): derecho de *libertad* y derecho de *propiedad*.

Hemos meditado profundamente en esta división. La hemos examinado de nuevo muchas veces, y no hemos encontrado razón para pensar en otra, y mucho menos en ninguna de las que están en uso. Pudiera decirsenos: si se deduce un derecho de la necesidad que tenemos de medios materiales, ¿por qué no se deduce otro de la que tenemos de los auxilios personales de los demás hombres? Porque no puede concebirse derecho sino considerándonos respecto de los demás hombres; porque el derecho resulta de considerarnos respecto de los auxilios o estorbos que podemos hallar en los demás. Por consiguiente, la idea de que se pretende hacer un derecho está embebida en cada derecho: es un elemento esencial del derecho.

- (2) En el curso, cuyo compendio traducimos, después de vanos esfuerzos para fundar en la utilidad las leyes morales y el derecho natural, dice el autor tomo 1, pág. 8; «Añádase para completar la teoría de lo justo y de lo injusto, que en la sociedad el hombre se expondría a frecuentes yerros, si cuando calcula las consecuencias funestas o favorables que pudieran resultarle de su acción, no considerase también en su cuenta el bien o mal que pudiera venir a otro. Porque como todos tienen interés en proporcionarse lo provechoso en alejar de sí lo molesto, no se pueden despreciar impunemente, y mucho menos lastimar los derechos ajenos, para ocuparnos exclusivamente de nuestros propios intereses. De esta consideración ha deducido uno de los más profundos jurisconsultos modernos, el ilustre Bentham, que el *principio de lo justo*

consiste en el mayor bien del mayor número; base fundamental de la moral del género humano y de la política de las naciones».

En la nota que se refiere a este pasaje acaba de exponer así su pensamiento; «Mejor fuera decir *el mayor bien posible de toda la sociedad en general y de cada uno de sus miembros en particular*; primeramente porque aquí se considera al hombre en el estado social; y en segundo lugar porque enunciado el principio como lo copiamos en el texto, da margen a que se crea que la opinión del filósofo inglés y la nuestra (pues también nosotros establecemos la misma base de toda moral y de toda política) es que se mire como justo lo que es útil al mayor número, aunque lo sea a costa del menor. Y no es este el sentido de la máxima que hemos tomado del célebre jurisconsulto, a quien la escuela filosófica se honra en tener por jefe. A nuestro juicio, el ciudadano no tiene por qué hacer el menor sacrificio a los intereses de ninguna fracción de la sociedad a que pertenece, sino a aquellos de que participa con todos sus conciudadanos sin ninguna excepción, y cuya conservación debe amar más que las ventajas que sacrifica, y que debería sacrificar cualquier ciudadano».

Hemos querido transcribir todo esto porque no se crea que incurrimos en la falta, tan común y que tanto degrada las disputas científicas, de atribuir al escritor que se va a refutar errores que no profesa. La prolija exposición que el autor hace de su doctrina, manifiesta: 1.º que en su opinión la utilidad es, como pretende Bentham, el principio de la justicia, 2.º que sin embargo no deben sacrificarse al mayor número los intereses del menor, pues la unión de tales proposiciones repugna a las leyes inmutables del pensamiento.

Si no hay más regla de justicia que la utilidad, si ésta no se subordina a más alto principio, a un principio sagrado e inviolable, cuyo imperio tenga reconocido como legítimo en todas partes la razón humana, la medida de lo

justo es la del poder de ganar ya se trate de un hombre, ya de muchos. Por consiguiente, siempre que el mayor número *pueda* despreciar y ofender sin riesgo los intereses del menor, tiene *derecho* de hacerlo: y éste debe sufrirlo; porque si la fuerza o el poder es *derecho*, la impotencia para resistirle será *obligación*. Así, la consecuencia que no quiere aceptar el señor Pinheiro es de una exactitud indisputable, supuesto el predominio de la fuerza del mayor número. Es cierto, y convendrán en ello aun los que crean en el poder del mayor número, que ese poder no es el único que puede concebirse como dominante en la sociedad, por esto limita mal su justicia Bentham a la *utilidad del mayor número*.

Ya que se considera posible la reunión de hombres basada sobre el principio de la utilidad; ya que de la lucha de todos contra todos, que Hobbes vio y admitió como resultado inevitable de aquel principio, puede resultar el triunfo de algún interés sobre los demás intereses, habrá tantas justicias como fuerzas dominantes se conciban en la sociedad. Habrá justicia, es decir, fuerza o tiranía, monárquica, que es la que prefiere Hobbes; justicia o tiranía aristocrática y en fin la más horrible de las justicias; la justicia o tiranía democrática, que es la que agrada a Bentham. Todo esto es absurdo, pero lógico; y no puede negarse, a no ser que antes se niegue el principio de donde se deriva.

El señor Pinheiro no solo niega tales consecuencias, no solo niega que el ciudadano deba sacrificarlo todo a intereses ajenos, mas establece que nadie está obligado a hacer el menor sacrificio, sino a aquellos intereses de que participe, es decir, a sus propios intereses. Aquí se ve con harta claridad que el vicio, que es un mal en moral, es una contradicción en metafísica. Esto quiere decir que un egoísmo ilimitado debe ser el móvil de nuestras acciones, pero no el de las acciones de los otros, que cada uno debe obrar según las inspiraciones de este enemigo del bienestar común y que a ninguno debe permitirse

que obre según ellas; que el egoísmo aprovecha y daña, y, por consiguiente, es el principio de la moral y del derecho al mismo tiempo que de la perversidad y de atrozísima injusticia; que es la fuente de la felicidad y de la desgracia del género humano, que es, en fin, su vida y su muerte.

El único modo de huir de tan palmaria contradicción es considerar a las pasiones humanas, en vez de reguladoras de nuestra conducta, sujetas como están a la dirección de una autoridad, que los órganos materiales no sienten; pero que la razón percibe con cuanta claridad cabe en nuestras intuiciones. Es menester reflexionar que todos los seres están constituidos de un modo correspondiente a su fin. Lo contrario no puede concebirse, pues o carecerán de fin, y existencia sin fin es un absurdo; o existirán para contradecir su fin, y entonces su verdadero fin no será el que se les atribuye, sino el que resulta de contrariarlo.

La conformidad de los seres con su fin, en que consiste la *verdad* de la existencia es una *necesidad racional*, una exigencia que la razón percibe inevitablemente, luego que descubre la naturaleza de un ser y su fin, y esto es lo que se llama ley natural. El conjunto de seres, el ser compuesto de todos los seres, el universo ha de tener, pues, ley.

El hombre, que tiene conciencia de su libertad y posee las ideas precedentes, ve que la facultad de gobernarse no la tiene para contrariar su fin, sino para conformarse a lo que él exija. Esta verdad, cuya firmeza no depende de nuestro interés, ni de nuestras inclinaciones personales; esta *verdad absoluta*, que hemos llamado ley, ejerce sobre el corazón un imperio absoluto que no se puede racionalmente resistir. Esta verdad, único poder soberano en rigor del hombre, considerada respecto de él se llama ley moral: la relación que existe entre ella y la libertad es la *obligación*.

Una parte del orden general depende de la conducta eficaz y sensible de los hombres entre sí.

Esta conducta se halla, pues, bajo el imperio de la ley moral que, en cuanto la gobierna, se llama derecho. Con que existe el derecho negado por Bentham: existe una ley distinta de la voluntad y de los intereses humanos, que obliga a la voluntad, la impone y protege los intereses gobernándolos. Quien la promulga es la razón: quien la impone es Dios. No se puede violar sin renunciar a la razón, ofender a la naturaleza y hacerse reo de sacrílega rebelión.

Sin la idea de esta ley necesaria y divina sería imposible comprender las leyes humanas y su fuerza obligatoria; mientras reconocida, la idea de la ley humana es clara y completa. Si tenemos aquella regla de conducta dictada por Dios, y si las sociedades están sujetas a ella y deben tomar las medidas indispensables para asegurar su cumplimiento, pueden expresarla, determinarla y señalar pena a los infractores.

Partiendo ahora de las anteriores nociones, ¿qué es ley entre los hombres?: la declaración del derecho o precepto natural con imposición de pena a sus infractores ¿En qué se diferencia del derecho o precepto natural?: esencialmente en nada, se distingue solo en un aumento de pena, o, como dice el autor, *en que, sobre la pena que aquel impone a la «violación del deber», añade nueva pena*, cláusula que antes no tenía sentido. En fin, ¿por qué obliga la ley? Porque el derecho que ella expresa es en sí obligatorio.

Mas háganse estas mismas preguntas a la ciega escuela del egoísmo, y como solo se ocupa de medir cantidades, sumará, restará, practicará todas las operaciones del cálculo, y nos presentará por resultado cantidad, siempre cantidad. ¿En qué se asemeja la cantidad a la ley y a la obligación? Reconozcamos, pues, la necesidad, la existencia y el imperio absoluto de esa ley reconocida en la filosofía, no diremos de los escritores cristianos, sino en la de todas las edades del mundo, con excepción solo de los epicúreos y *sensualistas* modernos.

- (3) El autor establece que los poderes políticos son delegados por el pueblo, y esto es nada menos que resolver la cuestión importantísima y agitada en todos los tiempos del origen de la soberanía. Nos ocuparemos de esta materia con la detención que, por su trascendencia, merece.

El que manda, de modo que todos los que hacen parte de la nación están obligados a obedecerle, se llama soberano. Pero ¿qué es lo que constituye la soberanía?, ¿en qué consiste?, ¿cuál es su esencia? El que manda tiene fuerza para hacerse obedecer: ¿será esta la soberanía? La fuerza oprime al cuerpo: puede servir de medio para hacer cumplir una obligación, produciendo dolores, pero obligar no, porque la obligación no es sensación. No es, pues, la fuerza soberanía: no son los salteadores soberanos. Concebimos también, como indispensable en el que manda, juicio que discierna lo que ha de mandar y voluntad que mande. ¿El juicio personal o la voluntad, será la soberanía? Tampoco, porque el juicio percibe las obligaciones y la voluntad quiere que se cumplan; pero ni una ni otra de estas facultades las produce. Si la soberanía consistiera en la inteligencia o en la voluntad, como todos estamos dotados de estas facultades, la sociedad sería un caos en que cada uno sería súbdito y soberano de todos los demás. Con que no es soberanía ni la fuerza material del soberano, ni su juicio, ni su voluntad, es decir, ninguna de sus facultades.

Lo único que nos queda que considerar es su relación jurídica con los que le obedecen; su *derecho de mandar*, y esto es la soberanía. En efecto, siempre que empleamos la palabra, no de un modo vago, sino determinando con claridad su sentido en el entendimiento, se presenta distintamente esta idea sola. Porque sabemos que solo el derecho produce obligaciones sociales. *Soberanía* es, pues, no lo olvidemos, *el derecho de mandar en una nación*.

Veamos su origen. A dos podemos reducir las escuelas que han pretendido explicarlo: la del *derecho divino de los reyes* y la de la *soberanía popular*.

La primera reconoce que la fuente de la soberanía es Dios, el cual la comunica a los reyes, completa y sin límites, en el hecho de colocarlos sobre el trono. Así, los reyes tienen sobre sus vasallos un poder *absoluto*, de cuyo uso solo ante Dios son responsables. La segunda tiene al pueblo por fuente de la soberanía: él es soberano; su soberanía es *absoluta*, y es de tal manera suya, que no puede delegarla. Delega solo su ejercicio en las personas que elige, y, por consiguiente, puede tomarles cuenta del modo como desempeñan el mandato. A esta escuela pertenece el autor.

Harto ha durado la lucha encarnizada de estas dos intollerantes escuelas, para que su doctrina sea absolutamente falsa y mala. El entendimiento no puede adherirse, y mucho menos por largo tiempo, a la falsedad absoluta; ni el corazón inflamarse en amor al mal absoluto. Cuando es tan duradera una disputa, sin duda cada partido alega algo racional a favor de su opinión; y racional solo es la verdad. La disputa nace de que, no limitándose cada uno a firmar la verdad claramente percibida, pasa a negar la que no percibe. Así, el principio ecléctico: *el error de cada sistema comienza desde que se hace exclusivo*, es de una evidencia indisputable. Pero para que el *eclecticismo* forme, no un caos, sino un cuerpo luminoso de filosofía, es necesario que antes de disecar las diferentes doctrinas, a fin de descubrir qué hay en ellas de verdadero, tenga establecido un tipo de verdad: lo estableceremos, pues, para poder juzgar con acierto aquellos dos sistemas.

La soberanía es el derecho de mandar: sabemos, además, que todo derecho tiene su origen en la naturaleza; con que si la soberanía existe, ya sabemos de dónde viene.

Si se reflexiona sobre la naturaleza del hombre, descubriremos en él una inclinación innata a entrar en la compañía de sus semejantes, tan imperiosa que si no se satisface, hasta los goces de la vida son insípidos: *Nullius boni sitie socio, fecunda possessio* (Séneca, epist. 6);

descubriremos en él facultades, como la imitación y la palabra, que serían enteramente inútiles, si no hubiera nacido para la sociedad; descubriremos en fin que el conjunto o aparato de medios de que está dotado no pueden desarrollarse y ejercerse cual conviene, sino en el seno y con los auxilios de la sociedad. El hombre está, pues, *destinado* a la sociedad. Esta ley se halla en su naturaleza, y es el origen de la sociedad.

Como la providencia ha arreglado y no podía dejar de arreglar las cosas, de modo que correspondiesen a sus designios con la bella armonía que admiramos en todas sus obras, quiso que el hombre naciera en el seno de la sociedad de familia; y que de esta familia primitiva salieran otras, y se multiplicaran continuamente, y se acumularan en diferentes grupos en las diferentes regiones del globo. Cada uno de estos grupos, además de lo común a todos ellos, tiene necesidades, medios y, por consiguiente, destino especial; tiene una vida aparte, es una verdadera persona. La independencia, según esto, tiene también su origen en la naturaleza. Y supuesto que las naciones son conjuntos de seres sujetos al imperio de la moral y del derecho, y que tienen fines racionales que llenar, su conducta se halla bajo el imperio de la moral y del derecho: son buenas o malas, justas o injustas.

Pero este orden que regla las acciones de cada pueblo, el desarrollo y el ejercicio armónico de sus facultades, que este orden protege; el respeto a los derechos pre-existentes de las personas y de las familias, sin el que la guerra entre ellas sería una calamidad inevitable; en fin, la vida social sería imposible sin una autoridad que la asegurase, haciendo cumplir los preceptos del derecho: luego para que existan las naciones y cumplan su destino es *necesario* que las voluntades particulares sean dirigidas; que se les prescriba lo que han de hacer y lo que han de omitir conforme a la ley natural, y que se les haga cumplir estas prescripciones. Todo esto es mandar, con que el que las naciones sean mandadas es un *principio* que no ha inventado el hombre, sino que se deriva

de la naturaleza de las relaciones en que se halla con los demás, es una disposición del derecho. Tales principios es lo que se llama *derecho*. Existe, pues, el derecho de mandar a las naciones, o la soberanía; y tiene, como todos los derechos, su origen en la naturaleza. Si queremos todavía buscarlo en alguna voluntad, no podremos descansar en otra, que en la adorable voluntad de Dios, creador de la naturaleza.

En resumen, la soberanía nace de la naturaleza humana y de las eternas leyes sobre que descansa la verdad; porque el conocimiento de nuestra naturaleza nos descubre que hemos nacido para la sociedad, es decir, nos revela la *ley que nos manda vivir en sociedad*; porque la naturaleza forma las naciones y les señala su *destino*, es decir, la ley de su conducta; en fin, porque no pudiendo ni existir siquiera las naciones sin soberano, una parte de esta ley es la existencia del soberano. Y compendiando más aún nuestra doctrina, puede reducirse a esta sencilla proposición: los pueblos tienen un deber, y, por consiguiente, no lo han creado, ni pueden destruirlo, de obedecer a un soberano; verdad tan clara como la más evidente de geometría y que ha tenido en todos los siglos la fe de cuantos pueblos han habitado la tierra.

Al lado de esta verdad, en que se afirma la existencia de las naciones, debe colocarse otra no menos importante, ni menos oscurecida, tanto por los partidarios frenéticos de la soberanía popular como por los realistas, a saber: la limitación de la soberanía humana, que es un corolario del origen que le dejamos señalado. La necesidad de asegurar el cumplimiento de la ley natural dijimos que era su fundamento: no obliga, pues, el soberano solo porque manda, sino porque manda el cumplimiento de la ley natural. Su autoridad no es absoluta. Cuando lo que manda es conforme a esa ley, impera legítimamente: ejerce el derecho que llamamos soberanía. Cuando no, sale de la órbita del derecho y tiraniza. Según esto, solo el derecho es soberano *absoluto*. La

soberanía humana se deriva de él y él la limita. El hombre que la ejerce no es más que *ministro de Dios para el bien* (San Pablo ad Rom. 13.4).

Para corroborar este principio, más olvidado en las repúblicas de América que en Europa, presentaremos la exposición que hacen de él el primer filósofo y uno de los primeros estadistas de Francia. Coussin, después de demostrar que la soberanía no tiene su origen en la fuerza ni en la voluntad, sino en la razón, añade: Falta saber si la soberanía absoluta pertenece a la razón humana.

«Ocupémonos primero de la razón individual. ¿Esta razón puede engañarse? Sin duda. ¿Se engaña realmente? Sería preciso no ser hombre para dudarlo. Y si esta razón se hubiese elevado, por su natural fuerza y con los socorros de la educación, sobre todas las razones individuales, ¿no se podría considerar entonces como infalible? Sin duda que no. Esa razón superior estaría menos expuesta a errar que las otras y tendría mayor autoridad: nada más. Pero bien sabría que no por eso estaba menos expuesta a pagar el tributo de la debilidad de su naturaleza... Si, pues, toda razón individual es falible, no tiene derecho a la obediencia absoluta en cuanto ordenare: no puede reclamar el poder soberano (de un modo absoluto), porque el poder absoluto, esto es, sin límites, solo pertenece a la infalibilidad...

«Pero concederemos a la razón general la soberanía absoluta, que rehusamos a la razón individual, ¿Qué es la razón general? La colección de razones individuales. En el todo que de aquí resulta habrá lo que en las partes en mayor cantidad; pero no puedo conceder que haya cosa distinta. La razón general fue quien hizo beber a Sócrates la cicuta: la razón general fue quien condenó a Galileo.

«Voy todavía más lejos. Establezco que ni la razón universal, es decir, la totalidad de las razones individuales, es infalible, y me fundo en el mismo raciocinio. Si la

razón individual es falible, si es falible la razón general, la razón universal, que se compone de una y otra, no puede pretender la infalibilidad... La verdad no ha fijado su asiento sobre la tierra; habita en este mundo de inteligencias limitadas, solo como huésped pasajero, y si es cierto que, por una ley providencial, no se manifiesta sino gradualmente al género humano, debe confesarse que, para que pase a la razón universal, es preciso que haya morado algún tiempo en la razón individual, y, por consiguiente, habrá época en que una sola razón sea superior a todas las demás.

«No niego que la *voz del género humano sea, hasta cierto punto, la voz de Dios*. Hay verdades sobre las que la razón universal es infalible, tales son los axiomas de todas las ciencias. Pero nótese que, si sus juicios son entonces infalibles, no es porque sean universales, sino porque son necesarios; y en este punto la razón individual no es menos segura que la universal. Para que esta tenga el derecho de soberanía absoluta se requiere que sea infalible, no en algunos juicios, sino en todos sus actos, en su esencia misma: lo cual repugna a su naturaleza de razón imperfecta.

«He demostrado que la soberanía absoluta no pertenece a la razón humana. ¿A quién pertenecerá, pues? A la *razón divina que es la única razón absoluta e infalible*... Pero la razón absoluta es invisible e impalpable... Considérese bien la dificultad, no hay otro verdadero gobierno que el de la razón absoluta, y esta razón no la tenemos. Procuraremos resolver la dificultad. Cierto que la razón absoluta no habita este mundo, pero se manifiesta en él. No lo llena con su presencia, pero lo ilumina con su luz... No hay razón infalible en la tierra, pero hay principios infalibles... Si podemos descubrir estos principios, reunirlos y reducirlos a fórmulas, tendremos el fallo de la razón absoluta: el juicio de Dios sobre el destino de la sociedad, es decir, un principio infalible de gobierno.

«El deber y el derecho llevan al más alto grado de dignidad la condición humana. Si Dios ha dado al hombre tan alto destino, ¿cómo podrá la sociedad despreciarlo? El Estado debe, pues, a todo ciudadano respeto y protección en el cumplimiento de su destino. De esta fórmula se derivan los tres grandes principios del derecho social: respeto y protección a la vida física y a su desarrollo, respeto y protección a la vida intelectual y su desarrollo, respeto y protección a la vida moral y su desarrollo. Que estos principios reciban la forma de leyes o que permanezcan en la conciencia de los que gobiernan, siempre es indispensable que ellos dirijan las sociedades. Si faltan en alguna, esa sociedad está sin fin, sin ley, sin verdadero gobierno, y lo que es peor sin medios de crearlo. Entonces ni la fuerza tiene freno; ni la voluntad regla, ni la razón bases» (*Histoire de la philosophie morale*).

La misma doctrina profesa Guizot. Pero téngase presente que él llama *soberanía de derecho* a la soberanía absoluta e ilimitada. «Así como se ha formado el hombre dioses, se ha formado amos. Ha pretendido colocar sobre la tierra la soberanía, lo mismo que la divinidad. Ha querido que reinase sobre él un poder, que tuviese derecho inmutable y cierto a su obediencia: ha investido de esta soberanía original y completa ya a un hombre, ya a muchos. Aquí a una familia, allí a una raza, en otra parte a todo el pueblo. Mas apenas se la ha atribuido, cuando ha tenido que disputársela y quitársela; porque lo que ha deseado es un amo legítimo y no ha podido en ningún tiempo ni en ninguna parte encontrarlo. Con todo no ha dejado de buscarlo, ni de creer a veces que por fin lo había hallado.

«Esta es la historia de las sociedades humanas. En materia de gobierno se ha visto levantarse el derecho *divino de los reyes sobre las ruinas del derecho de conquista*; y *la soberanía del pueblo sobre las ruinas del derecho divino de los reyes*... El único soberano eternamente y por su naturaleza legítimo es la razón, la verdad y la justicia;

o, para hablar un lenguaje más filosófico, es el ser inmutable cuyas leyes son la razón, la verdad y la justicia... Cuando se ha querido fundar la soberanía de los reyes, se ha dicho que los reyes son la imagen de Dios en la tierra; cuando la del pueblo, se ha dicho que la voz del pueblo es la voz de Dios: luego, solo Dios es soberano.

«Dios es soberano porque es infalible, porque su voluntad, como su pensamiento, es la verdad; solo la verdad, y la verdad entera. Así, los soberanos de la tierra, sean cuales fueren su forma y su nombre, se hallan en esta alternativa: o se declaran infalibles, o renuncian a la pretensión de ser soberanos. De otro modo se verán precisados a decir que la soberanía (hablo de la soberanía de derecho) puede pertenecer al error, al mal, a una voluntad que ignora o rechaza la justicia, la verdad y la razón, lo que nadie hasta ahora ha osado decir.

« ¿Cómo se han atrevido, pues, a creerse soberanos? Se ha visto a los gobiernos, una vez en posesión de la soberanía de derecho, prohibir todo examen, toda contradicción de su conducta y sostener que este poder último, indispensable a las sociedades humanas, residía solo en su voluntad, sin que nadie tuviese el derecho de disputarle su mérito o de dilucidar sus motivos. ¿Y qué es esto, sino pretender ser tenido por infalible? Los filósofos han procedido como los gobiernos. Apenas han colocado la soberanía de derecho en alguien, cuando se han visto como arrastrados a concederle la infalibilidad, indispensable para legitimarlo. *El soberano*, dice Rousseau, *en el hecho de serlo, es siempre lo que debe ser* (Contrat. Soc. lib. 1º, c. 5). ¡Extraña timidez del pensamiento humano aun en los días de su mayor audacia! Rousseau no se atrevió a dar el último golpe al orgullo del hombre, diciéndole que, no siendo ni pudiendo ser nadie en la tierra todo lo que debe ser, nadie tiene derecho de llamarse soberano.

«Dedúzcase la infalibilidad de la soberanía o la soberanía de la infalibilidad, hay siempre que reconocer y sancionar un poder absoluto. Esta consecuencia es igualmente

inevitable, ya sea que opriman los gobiernos, ya que discurran los filósofos, ya se tome por soberano al pueblo, ya a César. Consecuencia odiosa, tan inadmisibile en el hecho como en el derecho; porque ningún poder absoluto puede ser legítimo. Luego el principio es falso. Luego no hay sobre la tierra soberanía de derecho, ni fuerza investida absoluta y perpetuamente del derecho de mandar... Donde quiera que se ejerza el poder, tiene reglas legítimas que seguir. Estas reglas son las leyes del soberano legítimo: las leyes de Dios. A la verdad, a la justicia está reservada la soberanía, los hombres tienen derecho de no obedecer sino a la ley de Dios» (Globe de 25 de noviembre de 1826).

Pero cuidado: no sea que de la negación de la soberanía humana absoluta, que es a la que se refieren los dos célebres escritores que acabamos de copiar, se pase a la negación de la soberanía limitada. «Si el hombre, dice el mismo Guizot, tiene por una parte derecho de no obedecer sino a la verdad y a la razón, está por otra *absolutamente* obligado a obedecer a estas». Y como la *verdad* y la *razón*, añadiremos nosotros, exigen que en cada pueblo haya autoridad o soberanía limitada, estamos *absolutamente* obligados a reconocerla. Es tan absurda la soberanía sin límites, en la nación entera o en algunos individuos, como jurídica e indispensable la soberanía limitada. No creemos necesario insistir más en esta verdad, que dejamos ya demostrada. Pero tenemos necesidad de resolver algunas cuestiones que nacen de aquí.

No habiendo en la tierra soberanía absoluta; no hallándose una fuente, palpable a los sentidos, de la soberanía limitada que debe haber en cada nación, ¿cómo sabremos quién es su legítimo soberano? Mr. Coussin, cuando parece que va a ocuparse de esta cuestión en el lugar citado, se contenta con fijar la regla del soberano, pero aquí averiguamos quién es éste: qué persona tiene el derecho de gobernar. Tiene ese derecho y es legítimo soberano el que gobierna *habitualmente* conforme a los *principios reconocidos de justicia*, que nacen del destino común de

las sociedades y del particular de la nación. Es el único que está en posesión de los medios necesarios para hacer cumplir a la sociedad las leyes naturales, y las hace cumplir. Luego tiene el derecho de hacer cumplir, el derecho de mandar, la soberanía, pues donde quiera que vemos una facultad y un designio racional, vemos derecho. Decimos que ha de gobernar *habitualmente* conforme a los principios de justicia, porque si se exigiera, para la legitimidad del soberano, que jamás se apartara en un ápice de esos principios, no habría habido, ni podríamos concebir la esperanza de que hubiese en la tierra soberano legítimo. Tan superior es a la flaqueza del hombre esa perfección de justicia.

Pero no hay actualmente soberano. La sociedad ha sufrido una revolución completa y ha quedado sin soberano. Entonces será soberano el llamado por las leyes.

Supóngase ahora que las leyes también hayan desaparecido: ¿a quién se debe declarar legítimo soberano? Esta es la verdadera e importante cuestión. No pueden ser todos, porque si todos mandan, ya no hay quien obedezca; y basta esta sola reflexión para apartar la vista de tan chocante absurdo. Aunque repugne a las preocupaciones, difundidas por los exagerados escritores del último siglo, es indudable que unos hombres han nacido para mandar y otros para obedecer. Si solo para la función de juez, para un juicio que no es más que la averiguación de un hecho y la percepción de su relación con la ley, se requiere tanta superioridad mental, ¿cuántas dotes no serán precisas para todas las funciones del mando? Los que las posean, los que a una razón elevada, firme y de vastas miras reúnan uno de esos enérgicos corazones que arden en amor a la patria y a lo justo, están destinados a mandar, tienen *derecho a la soberanía*.

Pero ¿quién tendrá entre ellos el *derecho de la soberanía*? o, lo que es lo mismo, ¿qué se requiere para que se constituya el soberano? Una indispensable condición: el consentimiento del pueblo expresado por su obediencia.

El *derecho de soberanía* supone la capacidad de ejercerla actualmente, y esta capacidad no existe cuando el pueblo opone su fuerza a los preceptos. La aptitud para mandar subsiste de parte del *sujeto* y, por consiguiente, el derecho indestructible que nace de ella. Pero el *objeto* sobre el que se ha de ejercer no existe, se ha hecho imposible el ejercicio actual de la soberanía. Y como no puede haber derechos imposibles, el ejercicio de la soberanía, sin el consentimiento del pueblo, no es derecho. Por otra parte, los esfuerzos que para vencer una *resistencia general* se hicieran, solo servirían (como en otro lugar lo observa el señor Pinheiro) para sostener una lucha inútil, y prolongar el desorden social, esto es, se supondría y se llamaría *derecho de soberanía* todo lo contrario de lo que es este derecho. Es necesario convenir, pues, en que, si el *derecho a la soberanía* depende solo de las cualidades del soberano, el derecho de ejercer la soberanía, o derecho de soberanía, supone como condición la obediencia del pueblo.

Con lo expuesto poseemos ya los principios que habíamos menester, para juzgar las dos opiniones principales, en que hasta ahora estaban divididos los publicistas sobre el origen de la soberanía. La que da un origen divino a la soberanía de los reyes, y los supone absolutos como Dios, establece una proposición verdadera en cierto sentido, y una blasfemia. Es verdad, en efecto, y lo hemos demostrado, que la soberanía tiene un origen divino; porque, por una parte, la naturaleza del hombre y la de la sociedad exigen que haya soberanía, nos manifiestan la ley que nos obliga a obedecer a una autoridad pública, y Dios es el autor de la naturaleza y de las leyes a que está sujeta; y por otra la capacidad de las personas para mandar viene de Dios también. Pero pretender que la última regla de nuestras acciones es la voluntad del que manda, que su autoridad es absoluta, que en el hecho de ejercerla, la tiene de Dios, aun para emplearla contra los principios del derecho dictados por Dios, es una blasfemia que la razón rechaza y ya hemos refutado.

La opinión que funda la soberanía en la voluntad del pueblo, parte del principio, que admitimos como indudable, de la necesidad del consentimiento o sumisión del pueblo, para que se constituya el soberano. De aquí concluyen los más exaltados que el pueblo es soberano y origen de toda soberanía. Pero como la soberanía popular es tan repugnante desatino: como la soberanía no nace de la necesidad de que el pueblo mande, pues esto es imposible, sino de la necesidad absoluta de que sea mandado, los más juiciosos partidarios de esta doctrina han repelido esos chocantes términos y se han conformado con que el pueblo se llame origen solamente de la soberanía. Lo cual quiere decir que el pueblo no es soberano porque no puede ejercer la soberanía: pero que puede llamarse y es origen de la soberanía, porque si hay soberanos es porque él lo quiere. De modo que luego que no lo quiera, ya no debe haber soberanos en la tierra. Y si unas medidas de los soberanos son justas y otras injustas, es porque las unas son conformes y las otras no a la voluntad del pueblo. Así, esta voluntad es la única regla de lo justo: es absoluta, como quieren los otros que sea la de los reyes. He aquí cómo, partiendo de dos verdades y extraviándose en el camino, se viene a parar en un mismo resultado: el absolutismo. Pero dejamos demostrado que la soberanía absoluta solo está en la razón; y que, por consiguiente, el hombre no es esclavo ni de un rey ni de un pueblo; luego son igualmente falsos los dos sistemas destructores de la justicia y de la libertad.

Mas si es necesario de todos modos el consentimiento del pueblo, no hay por qué negar, puede decirse, que el pueblo delega la soberanía: o esta es una cuestión de meras palabras. No lo es, porque consentir no es delegar, porque el consentimiento es condición, mientras la delegación se ve como origen de la soberanía, porque al consentir en ser gobernado por quien tenga la capacidad jurídica, está obligado el pueblo; cuando los que hablan de delegación suponen que el pueblo es árbitro de dar y retirar caprichosamente el mandato. En suma, nuestra

teoría ve a los hombres ya separados, ya reunidos en naciones, sujetos a la ley moral; los ve como virtuosos y honrados, cuando obedecen al soberano a quien deben obedecer y hasta donde deben obedecerle; y como criminales e infames, cuando niegan sin razón su obediencia y cuando establecen preceptos contrarios a aquella ley eterna, y así aseguran el orden y la libertad. Y la teoría de la delegación niega la ley moral, esto es, la autoridad de Dios sobre los pueblos; llama a los pueblos *dueños de su destino*; los faculta para elevar y deponer soberanos a su antojo; para darles una autoridad mezquina y de puro nombre, o absoluta e insoportable. Así destruye el orden divino y la libertad inviolable que él asegura, y autoriza el crimen y la esclavitud.

Estas sustanciales diferencias hay entre nuestra doctrina y la que atribuye al pueblo el origen de la soberanía. Su utilidad práctica es la que trae siempre el conocimiento del deber: facilitar su cumplimiento; oponer a los promovedores de trastornos, que se llaman el pueblo, un fuerte obstáculo en la inclinación moral, que no puede ser sofocada a un mismo tiempo en todos los individuos que forman el verdadero pueblo, ni en su mayor parte, y los efectos que a la otra opinión hemos visto y vemos producir en América son revueltas interminables, y los horrorosos resultados que las revueltas traen consigo. Se dice que eso proviene de que somos niños. Sí, ¡niños de 300 años de edad cuando menos!, ¡niños con la experiencia de todos los siglos! Mejor nos llamáramos locos...

Prosigamos el examen de las cuestiones a que nos habíamos contraído. ¿Es divisible la soberanía? Tomada en su sentido más general comprende numerosas funciones; se pueden, pues, clasificar separadamente y formar una verdadera división. Esta división metafísica es conveniente que se reduzca a práctica en la sociedad, no solo porque la soberanía no degenera en absolutismo, que es lo que han tenido en mira los autores de las constituciones modernas, sino también porque las fuerzas de

un hombre no alcanza a manejar ese enorme derecho. Se divide comúnmente en cuatro poderes: legislativo, ejecutivo, judicial y conservador. Porque en toda sociedad ordenada es preciso que haya leyes; gobierno conforme a ellas; sentencias conforme a ellas también, en las disputas de los particulares; y, en fin, como dividido así el *poder público*, es preciso que se impida que sus partes se invadan y choquen entre sí, añadió Constant el poder conservador. Referimos solamente la división común. Para examinarla y juzgarla a fondo, se necesitaría una disertación y estamos escribiendo un párrafo de una nota. No consideramos el poder electoral que lleva el autor, consecuente con su sistema, porque el elector, supuesto que nada *delega*, no hace más que reconocer la capacidad y someterse a ella.

Añadiremos dos observaciones: si para determinar cada una de las facultades del soberano, se usa la palabra *poder*; y se dice *poder legislativo*, *poder ejecutivo*, etcétera, será bueno tener muy presente que esa palabra no se toma aquí en su sentido primitivo de fuerza material o potencia natural, sino en el sentido de *derecho*, y mejor sería sustituir esta palabra a aquélla, para evitar en la lengua de la ciencia una figura, que puede producir errores. Las ideas quedarían determinadas con más exactitud si se dijera: la soberanía o *derecho de mandar* en una sociedad, conforme a las leyes de la naturaleza, comprende tres derechos: el *derecho legislativo*, que es el de declarar la ley natural y señalar pena a los infractores; el *derecho ejecutivo o administrativo*; y el *derecho judicial*. Puede añadirse el conservador, si se considera como derecho aparte.

Otra observación es que sean cuales fueren las divisiones y subdivisiones de la soberanía que se adoptaren, no se ha de perder de vista que la soberanía es una porque su fin es uno; y que, si se dividiera ella en fracciones, que obraran de un modo discordante y sin vínculo que conservara la unidad, ni habría soberanía, ni se alcanzaría el

fin de ésta. En las monarquías constitucionales la unidad se halla afianzada en la perpetuidad del monarca, en la necesidad que tienen de su sanción las leyes y en otras firmes bases.

El monarca es la expresión de la unidad de la soberanía y por esto se llama soberano, tomando la palabra un sentido más determinado. No se llama así al presidente de una república. Sin embargo, también él representa la unidad de la autoridad pública, lo cual es bien perceptible en el caso de disputa internacional. Y aun fuera de este caso, el presidente es quien hace ejecutar las leyes y las sentencias judiciales. Puede decirse que, mientras hay orden en la república y armonía entre las autoridades, a cuya cabeza está, ninguna disposición se cumple. Sino ordenando él su ejecución, que es el acto esencial de la soberanía.

¿Es enajenable la soberanía? He aquí otra cuestión que pertenece a este lugar y que tiene dos sentidos diversos. 1.º ¿Puede una nación renunciar su derecho de ser gobernada por un soberano propio, esto es, su independencia? Si la nación de que se trata posee todos los medios necesarios para existir por sí, tiene, ya lo hemos indicado, un fin aparte que está obligada a llenar; y, por consiguiente, verdadero derecho de independencia. No puede, pues, renunciarlo; porque sabemos que todo derecho es inajenable. El otro sentido de la cuestión es: ¿puede el soberano ceder o traspasar a otra persona la soberanía? Repetimos lo mismo: basta saber que la soberanía es derecho, para saber que es inajenable. Si el cesionario es capaz de ejercer la soberanía y logra establecer su autoridad, será legítimo soberano: más su derecho no estará fundado en la cesión, sino en el título común a los soberanos.

De la doctrina que acabamos de establecer se deduce: 1.º que es un deber moral riguroso obedecer al gobierno y contribuir a que sea obedecido de todos, dentro de los límites de lo lícito; 2.º que mudar todos los días de presidente o de monarca es destruir la soberanía; 3.º que la

disposición constante a vituperar los actos del gobierno ya resistirlos es una brutalidad sin excusa y un daño incalculable a la verdadera libertad.

Antes de que se pase a estudiar en el texto los principios que hoy se observan en el ejercicio de los poderes o derechos de la soberanía, conviene explicar el sentido de algunos términos de la ciencia.

Forma de gobierno es el modo como se manifiesta la soberanía. Se ha dicho que la soberanía puede ejercerse por todo el pueblo, por algunos con autoridad igual, o por uno solo; y que son, según esto, tres las formas de gobierno: democracia, aristocracia y monarquía. Dividida así la forma de gobierno y definidas de este modo sus especies, solo la monarquía es posible; porque en las otras dos no hay unidad en la soberanía: no hay gobierno, prescindiendo del absurdo de la primera, que supone que el pueblo mande y obedezca al mismo tiempo. En este sentido, todos los Estados son monarquías, porque en todos es uno solo el jefe supremo.

La división que hoy se hace de la forma de gobierno es en monarquía y república. Se llama monarquía la forma de gobierno en que el jefe del Estado, que ejerce la soberanía en su unidad, es perpetuo; y república, la forma en que la ejerce por un periodo señalado. Para asegurar, en la monarquía o república, el imperio de la razón es preciso que los que se hallen en estado de juzgar según ella tengan parte en la formación de las leyes, que la justicia se administre con imparcialidad, que estén reconocidos los principios del derecho social, conforme a los cuales se ha de conducir el gobierno.

Cuando solo el monarca hace las leyes, la monarquía se llama absoluta; cuando las hace con el congreso elegido por la nación, se llama representativa. Si las dicta solo el Congreso, como sucede en las repúblicas, la forma de gobierno mantiene, según el lenguaje común de hoy, el nombre de representativa. Sin embargo, no se puede

negar que el poder del Congreso es, en tal caso, ilimitado y absoluto. La república o monarquía puede admitir alternativamente a todos los que tengan capacidad, a los destinos públicos y a que declaren lo que la razón exija, o reservar estas funciones a linajes especiales. En el primer caso se llama democrática, y aristocrática en el segundo.

De aquí podemos deducir estas consecuencias: 1.^a que la disputa sobre sí deba preferirse la forma monárquica o republicana, no rueda sobre los principios inmutables del derecho público: no es sobre libertad o esclavitud, sino sobre el tiempo que deba durar en una misma persona la autoridad suprema; 2.^a que, como lo comprueban los hechos, tanto en las monarquías como en las repúblicas puede tiranizar la fuerza o imperar el derecho. Pero que, si llegara a demostrarse, que solo bajo una de estas formas, ya fuese la república, ya la monarquía, podía haber justicia social permanente, todas las naciones tendrían obligación perfecta de abrazarla; 3.^a que, aunque es algo peligroso para la tranquilidad pública, que haya varias personas capaces de ejercer la presidencia y que esperen llegar a ella, se requiere sin embargo en la forma republicana suficiente número de estas personas, a fin de que se conserve la sucesión periódica.

La ley que declara la forma de gobierno; los *principios necesarios*, conforme a los cuales se ha de ejercer la soberanía y la distribución de sus funciones se llama Constitución, que se divide en tantas especies como formas hay de gobierno. Los principios necesarios, que nacen de la justicia universal y de las relaciones que hay en todas partes entre el soberano y los súbditos, deben ser los mismos en toda Constitución. Los diversos medios que las circunstancias de cada país ofrezcan, para asegurar la práctica de esos principios, son diversos; y así deben presentarse en cada Constitución. Y como todo esto nace de la naturaleza de las cosas y no de la voluntad, para hacer una Constitución, como para cualquiera ley, no basta

consultar la voluntad del pueblo, sino que se necesita también un estudio profundo de la naturaleza y de las circunstancias especiales de cada pueblo.

- (4) Tormentosos son para los cursantes los párrafos 12 y 13. Pero lejos de desalentarse por esto, deben animarse tanto más, cuanto mayor sea el disgusto que experimenten, pues será una prueba de aprovechamiento en lógica. En efecto, el entendimiento no puede admitir como razón de que la *ley no conceda derechos*, el que sean *correlativos el deber y el derecho* (porque lo serían, aunque uno y otro nacieran de la ley), sino la existencia anterior del derecho, de quien la ley es solo expresión (nota 2). Mucho menos se puede comprender cómo, después de admitir, aunque trabajosa y oscuramente esta verdad, confesando que la *ley no hace más que declarar de qué lado está el derecho*, y, por consiguiente, que es absoluto e irrenunciable, se venga a negar esto, para probar *que el hombre no sacrifica a sus derechos al entrar en sociedad*. Es, en fin, repugnante y fatigadora la confusión del ejercicio seguro y pacífico de los actos a que autoriza el derecho con el derecho mismo, para venir a concluir que el *hombre salvaje* no lo tiene, y que por esto no puede sacrificarlo.

El caos que forma semejante discurso no se debe imputar al autor, sino al sistema que ha adoptado. Bentham, a quien reconoce por *jefe*, no admite el derecho natural: y de aquí nacen las inexactitudes y contradicciones inevitables, que acabamos de ver. Ya demostramos la existencia de ese derecho (nota 2) y manifestamos la realidad de los derechos individuales absolutos: personalidad, libertad y propiedad (nota 1). Partiendo de aquellos principios eternos, sin ocurrir al estado salvaje, estado de degradación contrario a la naturaleza, y cuidando mucho de no confundirlos con su práctica, que puede ser más o menos segura y más o menos completa, se percibe con entera claridad lo falso de la doctrina del autor sobre los tres derechos, y particularmente sobre el de propiedad. El jefe de la escuela del señor Pinheiro dice acerca de esto: *la idea de la propiedad consiste en la esperanza*

fundada, o en la persuasión de poder sacar esta o aquella ventaja según la materia. Y esta persuasión, esta esperanza no puede venir sino de la ley. No puedo yo contar con el goce de lo que miro como mío, sino porque la promesa de la ley me lo garantiza. La propiedad y la ley han nacido juntas y juntas morirán. Antes de las leyes no había propiedad: quitad las leyes y acabará toda propiedad (Tratado de Legislación). Defínase exactamente el derecho de propiedad. No se confunda el derecho de disponer libremente de los objetos destinados a satisfacer nuestras necesidades con la posesión tranquila de estos objetos, y júzguese después si es sostenible la opinión de Bentham.

- (5) En ninguna nación, sea cual fuere la moralidad y energía de carácter que se suponga, creemos preferible este modo de votar; porque serán siempre muy escasos los hombres que posean esas prendas en el alto grado que se requiere, para fallar ante el público conforme a la propia conciencia, en cuantos casos se presenten. Si en la votación secreta lucha el deber del diputado con su interés individual, en la pública lucha con este mismo interés y con muchísimos intereses, que vienen a ser suyos por el influjo que ejercen sobre él. El temor al odio público es casi nulo en las circunstancias ordinarias, comparado con el que la generalidad de los hombres tiene a los poderosos. Solo inspira serias inquietudes en los casos de conmoción popular, que son aquellos en que el pueblo es agitado por las más peligrosas pasiones. Nadie puede creer que el temor al odio público favorezca entonces el cumplimiento del deber, En todas las cuestiones en que manifieste mucho interés el pueblo creemos que la votación debe ser por escrutinio; la misma forma debe guardarse cuando un número considerable de diputados o senadores lo pidieren.

Otra fuente de resoluciones injustas, además de la debilidad o corrupción de los miembros del Congreso, es su ineptitud para juzgar acertadamente sobre todas las materias que se someten a su fallo. La voz de los pocos

hombres instruidos en el punto que se ventila es sofocada por la mayoría ignorante, que declama necedades y delirios, para fundar en ellos su resolución inapelable. El señor Pinheiro trata de remediar esta calamidad en el párrafo 19. con el modo de formar las comisiones que propone: lo cual no nos parece suficiente porque permanece el chocante fenómeno de discurrir sobre lo que no se entiende,

Ducpetiaux presenta un pensamiento que merece ser atendido. «La legislatura tal cual hoy existe, dice, es esencialmente viciosa, principalmente por lo que mira a la verdadera representación de los intereses sociales. En efecto, sucede muchas veces que estos intereses, y los más importantes, no son representados: casi siempre las cuestiones relativas a ellos se deciden por una mayoría, que carece de las aptitudes y de los conocimientos necesarios para juzgarlas y apreciarlas bien. Así, las leyes de hacienda son hechas por legisladores extraños a la ciencia de hacienda, las leyes que se refieren al ejército por legisladores extraños a las ciencias militares, las leyes industriales y mercantiles por legisladores extraños a la ciencia de la industria y del comercio, las leyes sobre agricultura por legisladores extraños a la ciencia agrícola, las leyes administrativas por legisladores que ignoran la ciencia y la práctica de la administración.

«¿Cómo justificar esta inconsecuencia? ¿Pensarán que los representantes, por solo el hecho de la elección, quedan dotados de la omnisciencia? Bastaría echar una mirada a nuestro rededor para convencernos de lo contrario. No ha llegado a nuestra noticia que nuestros legisladores hayan tenido su *Pentecostés* como los primeros apóstoles. Son en su mayor parte cultivadores de ramos especiales: ¿A qué pedirles más de lo que pueden dar? Hasta cierto punto se evitaría este vicio radical con un medio muy sencillo, que nos asombramos de no ver ya propuesto y practicado.

«Basta dividir la legislatura en tantas secciones o comisiones, como ramos principales tiene el gobierno: hacer en una palabra con ella lo que se ha hecho con los ministerios. A cada ministerio, a cada administración principal, debe corresponder una sección legislativa, compuesta de los diputados más competentes, que discutan las leyes, sin salir de su ciencia o facultad propia. Después de votada la ley en la sección, se puede presentar ante las secciones reunidas, para que la cámara, como un gran jurado nacional, la acepte o rechace en su totalidad, sin discusión ni modificaciones. Esta aceptación o repulsa debe verse como la expresión del buen sentido y del interés público; y no exige los conocimientos facultativos, necesarios para la discusión y el voto preliminares.

Hay en toda ley dos cosas bien diferentes: su mecanismo, su modo, digámoslo así; y su tendencia general, su fin social. Si la asamblea legislativa no tiene la capacidad que se requiere para tomar parte en la obra preparatoria, tiene la necesaria para juzgar sobre la obra definitiva. Es esencial esta distinción que explica y justifica nuestro sistema. Deben fijarse, además, los medios de establecer, cuanto sea posible, la igualdad en la representación de los intereses, y de los diversos órdenes de la sociedad» (*De la condition physique et morale des jeunes ouvriers et des moyens de l'améliorer*). Si no se adopta, a lo menos la base en que se funda este sistema, y no se medita en perfeccionarlo, se cae en una inevitable inconsecuencia: proclamando los principios de la justicia social, condenando el imperio de la fuerza y reconociendo solo el de la razón, se somete la razón a la fuerza, pues la grito insensata del mayor número es fuerza.

- (6) Convendríamos en que *no hay negocio que se debiese ocultar al conocimiento del público*, si creyéramos que la soberanía era delegada. Pero –ya lo dejamos demostrado– la soberanía está destinada, no a obedecer la voluntad del pueblo, sino a mandar lo conforme a los principios del derecho. Siempre, pues, que la publicación de

los designios justos de la autoridad solo haya de servir para que se preparen resistencias injustas y perturbadoras del orden y del progreso social, el secreto será prudente, y será deber también, supuesto que los que ejercen la autoridad pública están obligados a tomar las medidas indispensables, para asegurar el cumplimiento de sus augustas funciones en bien del pueblo. Así, en las cuestiones internacionales y en las que se refieran a reforma de abusos, cuya enmienda ofrezca grandes dificultades, debe haber secreto. En todo lo demás la publicidad es conveniente, a fin de que los hombres instruidos emitan su opinión; y para que de este modo la ley o el decreto que se promulgue, después que la mayoría de ellos se haya convencido de su conveniencia, cuente con una obediencia racional.

- (7) La responsabilidad de los funcionarios es uno de los principios más importantes del derecho público. Sabemos (nota 3) que el derecho que ejercen no se lo ha delegado el pueblo y que, aun suponiendo tal delegación, su autoridad no sería absoluta, pues la razón no admite más autoridad absoluta que la de Dios (la misma nota). Todo poder debe conformarse con las leyes invariables de lo justo, y ataca la verdadera libertad y oprime la persona sagrada del hombre cuando se desvía de ellas, a lo cual está naturalmente expuesto por solo ser poder humano. La misma razón en que se funda la soberanía, esto es, la necesidad de que la justicia impere en las naciones, milita, según esto, para la responsabilidad de los empleados, sean cuales fueren sus funciones. Si el monarca como tal no es responsable, es porque nada hace sino por medio de ministros responsables.

No sucede así con los miembros de las cámaras. Ellos por sí dictan las leyes, con la sanción del monarca, dada por medio de los ministros. Luego ellos, lo mismo que los ministros, son responsables de los actos legislativos, en que *manifiestamente* se aparten de lo justo: ya con daño de la nación invadiendo los otros poderes,

hostilizándolos, o dictando cualesquiera otras medidas ruinosas para el Estado; ya con daño de los particulares. La ley debe determinar los casos de esta *injusticia manifiesta*. Esto es indispensable para salvar la libertad de los miembros del Congreso, y para que no se corneta la injusticia de castigar errores inculpables. Las ofensas al honor de los ciudadanos, que se pueden cometer en la tribuna, creemos que no deben producir responsabilidad; porque no habría criminal que no se creyese ofendido cuando se hablase para apoyar una disposición represora del crimen. Basta que el reglamento de la cámara haya considerado estas faltas y que el presidente esté autorizado para impedirles.

Con todo, las preocupaciones democráticas, que las hay tan funestas como en las monarquías, clamarán que destruimos el poder del Congreso. Pero eso es hacer consistir todo el poder del congreso en la arbitrariedad que es lo que destruimos, o más bien lo que la razón destruye. Si no juzga que esto es presentar embarazos al Congreso, que la zozobra de la responsabilidad será un tropiezo para cada uno de sus pasos, contestaremos que mientras el Congreso dicta en calma leyes, es decir, reglas generales, a cuya meditación se puede dar cuanto tiempo se quiera, los ministros tienen que resolver casos particulares; que proveer a necesidades imprevistas en el momento en que se presentan y, por consiguiente, han menester más que los miembros del Congreso tranquilidad y holgura: deben ser, pues, con más razón irresponsables, y caemos así en la monarquía absoluta. Pero la ciencia ha fallado ya sobre esta forma de gobierno y la ha condenado, no porque es monarquía sino porque es absoluta. Seamos, pues, consecuentes y declaremos que el derecho no admite congresos absolutos: que si la fuerza y las pasiones de uno no ejercen imperio jurídico sobre los hombres, mucho menos pueden ejercerlo la fuerza mayor y las más violentas y brutales pasiones de muchos.

- (8) La monarquía constitucional en ningún reino ha acumulado los poderes legislativo y ejecutivo en manos del monarca. Éste tiene parte en la formación de las leyes: pero tal participación no es el poder legislativo en su plenitud. Así no hay violación del derecho constitucional. Al contrario, el derecho exige que el jefe del Estado intervenga en los actos legislativos: 1.º porque la práctica administrativa le da luces que no pueden hallarse con facilidad en otra parte, sobre las verdaderas necesidades del país y los inconvenientes que oponga a ciertas medidas; 2.º porque la altura en que se encuentra lo tiene más exento, que a los ciudadanos particulares, del influjo de las pasiones y de los intereses privados que se interponen entre el legislador y la razón; 3.º en fin, porque sin esta atribución, la unidad de la soberanía, que debe conservarse, como ya lo expusimos, aunque se dividan los poderes, se destruiría enteramente y con ella todo el orden público. Por esto en las repúblicas mismas se reconoce en el presidente el derecho del veto, aunque sea solo suspensivo. Se deduce, pues, de la naturaleza misma de la soberanía. El autor ha incurrido aquí en un desliz de pluma inconciliable con los párrafos 31 y 32.
- (9) Poco quisiéramos decir sobre el *pacto social*. Mas debemos detenernos en la doctrina de Rousseau, no porque sea inventor de la idea, pues ya la había presentado Locke, en su *Ensayo sobre el gobierno civil*, y antes Hobbes, en su libro *De Cive* y en su *Leviatán*, sino porque la desarrolló extensamente y porque formó en la ciencia un sistema de errores tan afortunado, que dominó hasta principios del presente siglo. Hoy, es cierto, se compeadece igualmente la impiedad que la ciencia política de aquel desgraciado tiempo; pero todavía las naciones sabias, y con más motivos las que no lo son, están expuestas a que se las sacrifique invocando esos absurdos, y hay, por consiguiente, necesidad de refutarlos.

¿Por qué vive el hombre en sociedad y por qué es gobernado en ella? Esta cuestión que dejamos resuelta (nota

3) se propone resolver Rousseau. La soledad salvaje y la independencia completa son, en su opinión, el estado natural del hombre, en el cual el derecho se extiende hasta donde las fuerzas alcanzan; y nada se debe a los demás sino lo que se les promete. Pero como la fuerza individual no alcanza a vencer todos los males con que amenaza la naturaleza, se convino en vivir en sociedad por un acto enteramente voluntario. Se celebró el pacto contenido en esta cláusula; «cada uno de nosotros pone en común *absolutamente sin condición ni reserva*, su persona y todo su poder, bajo la suprema dirección de la *voluntad general*». Así quedó resuelto este problema: «Hallar una forma de sociedad que defienda y proteja, con toda la fuerza común, la persona y bienes de cada socio; y en virtud de la cual, uniéndose a todos, no obedezca sino a sí mismo y permanezca tan libre como antes», pues dándose por el pacto a todos, no se da a nadie; y no hay asociado sobre el que no adquiera el mismo derecho, que ese asociado tiene sobre los otros. La voluntad de todos, que nunca puede ser injusta, porque el cuerpo no puede querer su propio daño, *es el orden, la regla suprema*. Esta regla –la voluntad de todos– personificada se llama *soberano*, el cual obra por medio de leyes. Ley es la declaración solemne de la voluntad general. Por voluntad general se entiende la de la mayoría, pues votando todos, nadie debe quejarse del resultado de la votación. El gobierno viene a ser un cuerpo intermedio, entre los súbditos y el soberano, encargado de la ejecución de las leyes Aunque la voluntad del pueblo sea no solo justa sino regla de la justicia, necesita que se le muestre lo que le aprovecha para quererlo; de aquí nace la necesidad de un legislador. Pero ¿cómo hará este que el pueblo abrace sus concepciones, para que con su querer las haga leyes? La fuerza no se puede emplear, la razón cree Rousseau que también es inútil, y añade que «esto ha movido a los padres de las naciones a recurrir a la intervención del cielo y a honrar a los dioses con su ciencia». Será, pues, necesario que el legislador presente al pueblo sus ideas como dictadas por los dioses.

«Si muchas personas de razón, dice Comte, hablando del contrato social, se reuniesen con el objeto de oír exponer los principios de una de las ciencias más importantes para el género humano, y el profesor que les hubiese ofrecido sus luces les dijese: ante todo yo arrimo a un lado los hechos: prescindamos absolutamente de ellos, voy a hacer una suposición, falsa ciertamente, pero que consideraré como verdadera: sacaré de ella inopinadas e interesantes consecuencias, estas consecuencias sistemáticamente expuestas formarán la ciencia que me propongo enseñar, ¿habría quien oyendo tal introducción quisiese seguir escuchando?» Esto hizo Rousseau y tuvo sin embargo oyentes; y del pie de su cátedra salieron ardientes y peligrosos entusiastas a conmovir la tierra, con tal violencia, que, después de los años que han pasado, todavía tiembla, y las naciones vacilan sobre su superficie.

Algo habría de verdad, dirá cualquiera, en esa doctrina, cuando pudo abrazarse por tantos y con tal calor. Sí, algo hay de verdad. Luego lo manifestaremos. Pero el origen de la exageración de tal verdad, de los perniciosos errores con que se amalgamó y de los incalculables daños que esta monstruosa creación ha producido, se encuentra en la enorme cantidad de aborrecimiento que se había acumulado contra el poder absoluto de los reyes. Así delira el hombre: así se precipita en un abismo por salvarse, cuando su entendimiento es gobernado por alguna pasión violenta, aunque haya sido noble y justa en su principio, en vez de dominar los movimientos destemplados del corazón con la verdad, y de buscar la verdad en sus eternas fuentes. Esto por lo que mira al universal extravío. Respecto de Rousseau seamos justos también. Su contrato social descansa sobre un principio materialista y ateo. Pero él no era ni uno, ni otro. Su profunda sensibilidad revela la íntima conciencia de su espíritu; y se quejaba de que lo aborreciesen porque creía en Dios. Había renunciado al cristianismo, y esta fue su mayor desgracia; había renunciado también a la filosofía. Sin fe

y sin filosofía y devorado por la sed de fama, ¿qué extraño es que ese corazón volcánico, esa indómita imaginación, vinieran a parar en la novela funesta del contrato social?

Examinemos esta composición. Veamos primero si resuelve el problema que se propone. ¿Por qué obedece el hombre en la sociedad? «El hombre no obedece en rigor sino a sí mismo, suponiendo que se observe el pacto social; porque dándose a todos por este pacto, no se da a nadie, y no hay asociado sobre que no adquiriera el mismo derecho que el asociado tiene sobre los otros» (*El contrato social*, lib. 1, cap. 6). Esto dicen que es profundamente *metafísico*, porque hay quienes reservan tal nombre, que expresa las más elevadas naciones, para aplicarlo a todo lo que no entienden. Lo extraño es que, sin entender el raciocinio, le hayan dado la más ciega fe. Nosotros confesamos que tampoco lo entendemos, pero es cabalmente porque nada tiene de metafísica, nada de lógica, nada de verdad.

¿Qué quiere decir *obedecerse a sí mismo*? No puede significar esto que en la sociedad no hay obediencia, porque el supuesto y el hecho es que la hay, y se va a ver por qué. ¿Qué es, pues, obedecerse a sí mismo? La obediencia de sí mismo, tomada como suena, es un absurdo. El entendimiento no concibe obediencia, sino concibe *uno* que mande y *otro* que obedezca. ¿Qué es, pues, repetimos, obedecerse a sí mismo? El hombre *se obedece a sí mismo porque dándose a todos no se da a nadie*. ¡Todos es nadie! Convengamos más bien en que aquí las palabras no tienen sentido; nada significan porque al cabo Rousseau establece, como no podía dejar de hacerlo, que en la sociedad del pacto se obedece y no poco, pues se obedece a la mayoría.

La voz del mayor número obliga siempre a todos los demás porque es consecuencia del contrato (contrato social, lib. 4, cap. 2). Es verdad que añade: *cuando se propone una ley no se pide que se apruebe o rechace*,

por el ciudadano particular, sino que se examine si es conforme a la voluntad general que es la suya. Pasemos por alto que la voluntad de la mayoría sea voluntad general y que, tome este nombre a que tiene indudablemente más títulos la de la minoría. Estamos contraídos solo a la obediencia, y como a nadie se puede convencer de que no obedece, de que hace su propia voluntad cuando está haciendo la voluntad ajena que lo manda, no habrá quien dude de que en el sistema que refutamos se obedece, y se obedece a muchos. Subsiste, pues, la cuestión ¿por qué se obedece? Porque esto es *consecuencia del contrato*. El orden social está fundado en meras convenciones (*contrato social*, lib. 1, c. i). He aquí en toda su claridad por fin el principio que sirve de base a la teoría. Según él, las sociedades humanas tienen una existencia precaria, son efecto de la voluntad: y la última razón de todos los derechos y de todas las obligaciones es el pacto. Principio que ningún hombre de buen sentido admitirá. Todos saben que la obligación de ser fiel a lo pactado no nace solo de haber pactado, pues hay pactos como el de los asesinos, que la razón reprueba y obliga a quebrantar; todos saben que hay una regla anterior a todos los pactos, por la cual se juzga de la justicia o injusticia, validez o nulidad de ellos: no es por consiguiente, el pacto o la voluntad humana la fuente de los derechos y de las obligaciones sociales.

«El derecho, objetivo de un contrato, existe con anterioridad: el convenio solo viene a ser la *forma* por la que el derecho se reconoce y determina claramente entre varias personas. El derecho tiene un carácter *objetivo*. Se funda en la naturaleza común de los hombres; en las necesidades que resultan de su desarrollo físico e intelectual, A la razón toca, indagando las condiciones de este desarrollo, descubrir el derecho, y a la voluntad, ejecutarlo. Pero el entendimiento y la voluntad pueden engañarse, acerca de la naturaleza del derecho, que se estipula por los hombres en sus relaciones sociales. El derecho, con todo, permanece eternamente como la naturaleza

humana; y, comprendido mejor, triunfa por último de los contratos y convenios sociales que se le oponen. El contrato como tal no puede ser fuente o principio de un derecho» (*Ahrens, Philosophie du Droit. Il partie espéciale. Seconde div.*, 1ra. parte, § 1, pág. 392).

«Conviene preservarse, dice el mismo escritor, del grave error de confundir la *forma* con el *principio* del estado, derivado del contrato –simple forma de la manifestación de la voluntad común, o del consentimiento– los derechos políticos, cuya fuente se halla en el principio eterno de la justicia, que domina todas las voluntades individuales y comunes, y que debe ser la regla superior de la voluntad y de la libertad, principio que suele desatenderse alguna vez en los contratos, pero no por eso deja de cometerse contra él un atentado, cuando autorizan los hombres, de común acuerdo y voluntariamente, la injusticia por pasión, ceguedad o falta de instrucción». [Partie générale, c. 2 § 10, pág. 444].

¿Ni cómo concebir que los pactos por sí mismos produzcan obligaciones? Obligación es la relación que hay entre la ley divina que impera y la libertad sobre quien ejerce naturalmente su imperio: es el vínculo, la ligadura con que conduce al hombre la *verdad*, que, considerada ejerciendo esta acción, se llama ley o derecho, según la parte de la conducta a que se refiera. El hombre permanece libre bajo su influjo, porque está llamado a obedecerla por una acción personal y enteramente propia, y solo es completamente libre cuando la obedece, pues no puede infringida, sino sujetándose al imperio del error o de las pasiones, dejándose impeler como instrumento ciego, lo cual es renunciar a la libertad. Y ¿qué es pacto? en sí mismo no es más que el acto por el que diferentes voluntades se prometen recíprocamente algo. Este simple querer es absolutamente imposible que produzca obligación. Cada una de las voluntades que pactan no puede obligarse a sí misma; ya consideramos el absurdo de la obediencia de sí mismo. Tampoco puede ser

obligada cada voluntad por la otra o por las otras, pues son iguales; ninguna tiene superioridad, ni puede ejercer dominación legítima sobre otra. Con que los pactos no pueden por sí producir obligaciones. Verdad evidente y necesaria, que domina de un modo irresistible al entendimiento y puede decirse lo obliga, pues si ni la voluntad, ni ninguno de los fenómenos que aparecen y desaparecen en el tiempo obliga al hombre, los principios absolutos y eternos obligan a un tiempo, si bien de modos diferentes, la razón y la voluntad que constituyen su persona.

Luego no hay obligación de ser fiel a los pactos. Poco lógica sería tal conclusión. Hemos dicho que los pactos por sí: que las voluntades de los que pactan no producen obligación. No hemos negado que los contrayentes puedan quedar obligados. Si se dijera que no todos los pactos son obligatorios, se haría una deducción rigurosa, porque, en efecto, no habiendo otra fuente de obligaciones entre los hombres que el derecho, ningún pacto que lo contraríe puede dejarlos obligados: verdad reconocida y declarada en todas las legislaciones humanas. Si se dijera además de esto, que cuando de los pactos resulta obligación, debe buscarse su origen en un principio superior al pacto, se presentaría también una consecuencia innegable. Señalaremos este principio para que nada quede oscuro en asunto de tanta trascendencia.

No son los pactos mera invención del capricho humano. Supuesto que las necesidades del hombre no han sido inventadas por él; y que los otros hombres no siempre tienen obligación jurídica de prestarle los medios que poseen de satisfacerlas, no hay otro modo racional de conseguirlos que el libre convenio o el pacto. Así, hablando de los pactos lícitos en general, podemos establecer que son el cumplimiento del deber de proporcionarse el hombre, conforme a la justicia, los recursos que se hallan en poder de sus semejantes y pueden servirle para vivir, como lo exige el destino que la providencia le ha

impuesto. Una vez celebrado el pacto jurídico, esto es, el pacto en que se prometan medios para conseguir algún fin racional, los que lo celebran que dan obligados, porque la misma ley natural, el mismo derecho en que encontramos el origen de estos convenios, prohíbe que los hombres se engañen, particularmente en aquello con que se les hace contar como medio seguro de satisfacer sus necesidades.

Dedúcese de todo esto 1.º que la obligación de ser fiel a los pactos justos tiene el mismo sólido fundamento que las demás obligaciones humanas, es decir, la ley natural; 2.º que la obligación de no observar los pactos que se apartan del derecho tiene ese mismo fundamento; 3.º que el pacto no es causa sino condición de las obligaciones que nacen con él; es un fenómeno de la voluntad humana, que cuando aparece encuentra en el derecho la regla eterna, soberana de la voluntad, que, quiera esta o no, le manda ser fiel a sus empeños; 4.º que todo pacto supone un derecho cuyo ejercicio determina; así la compra venta supone el derecho de propiedad, y con él, el de adquirir y enajenar. Rousseau, pues, que funda el derecho de mandar y la obligación de obedecer solo en la voluntad, o en el pacto, no ha resuelto la cuestión de la obediencia social.

Examinemos ahora la naturaleza de su pacto. «Cada uno de nosotros pone en común, *absolutamente sin condición ni reserva, su persona* y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, esto es, de la mayoría: voluntad que nunca puede ser injusta, y que es el orden, la regla suprema». Comencemos por esto último. Ya demostramos que solo la ley divina es la regla suprema. Rousseau confiesa que «lo bueno y conforme al orden lo es por la naturaleza de las cosas, e independientemente de las convenciones humanas, que toda justicia viene de Dios y que el origen de ella es Dios solamente» (lib. 2, c. 4.º). Luego la voluntad de la mayoría no es en sí el *orden o la regla suprema*.

No lo es tampoco la razón de la mayoría, porque la razón percibe, no crea la *regla*. Ni puede decirse que a esa razón toca descubrirla y declararla. La razón de la mayoría ignorante, estúpida y dominada de brutales instintos, es la menos capaz de percibir la regla. Esto es tan claro que, como observan todos los impugnadores de Rousseau, ningún hombre, por más que se le hable de infalibilidad de la mayoría, ocurrirá a pedirle consejo sobre sus asuntos particulares; y preferirá siempre el juicio de los que forman la minoría de los hombres ilustrados y honrados. Rousseau mismo funda la necesidad de un legislador en que la *multitud ciega no sabe lo que quiere*, porque rara vez conoce lo que le aprovecha (lib. 2, c. 6). Ha incurrido, por consiguiente, en un error gravísimo y en una contradicción, cualquiera que sea el sentido en que haya dicho que la voluntad general es la *regla suprema*.

Si la voluntad de la mayoría no es la *regla suprema*, el pacto que examinamos es absurdo. El hombre se creará obligado a cometer y sufrir tantas injusticias, tantos crímenes, sabiendo que son injusticias y crímenes, cuantos la voluntad de la mayoría quiera que cometa o que sufra; y obligación contraria a la ley natural y al derecho, esto es, a la regla suprema, cuya existencia se tiene reconocida, es un absurdo manifiesto.

Como el derecho, aun considerado de un modo *subjetivo*, no es más que la facultad de cumplir el deber que impone el derecho absoluto u *objetivo*, tiene toda la fuerza de un axioma este principio —los derechos son enajenables—. Pues en el pacto social se enajenan, y no como quiera, sino *absolutamente sin condición ni reserva todos los derechos, toda la persona: muertas y aniquiladas deben estar las fuerzas naturales: el ciudadano debe ser nada* (lib. 2, c. 7). Este ciudadano *nada* habría representado mejor la obediencia absoluta que el cadáver que en el Judío errante hace figurar Sue, pero lo desechó porque ni el más libre romanticismo tiene bastante desenfreno de imaginación para concebir posible la república de tales ciudadanos.

Hagamos con todo un esfuerzo por violento que sea, para acallar la razón y suponer existente esa república. Ningún ciudadano tiene derechos propios. Rousseau, en realidad, niega la existencia de los derechos, porque en el estado natural el hombre no tiene más que *fuerza y libertad*. En la sociedad no tiene ni esto, porque todo lo renunció en el cuerpo social. No hay, pues, más que *fuerza* que ejerce el cuerpo, o más bien la mayoría; y ciudadanos sobre quienes obra esta fuerza; no hay más que fuerza y máquinas movidas por ella ¡menos que esclavos! No se puede imaginar más completa, ni más horrible tiranía.

El rápido examen que acabamos de hacer de la teoría de Rousseau nos manifiesta: 1.º que no explica el origen de la obediencia social, 2.º que es contradictoria, 3.º que es irrealizable, 4.º que contiene el mismo principio de tiranía que el sistema de Hobbes.

Felizmente se ve ya con espanto, por los que hacen un estudio serio de la ciencia, tal sistema: se sabe ya que es ateo, porque es negar a Dios desconocer su autoridad sobre las naciones; que es materialista porque no admite más poder que el de la fuerza; que es, en fin, inmoral, porque inmoralidad inaudita es renunciar absolutamente a la voluntad y a la razón propias, para dejarse gobernar como máquina.

Dijimos que algo había de verdad en este sistema, y añadimos ahora que esa verdad es importantísima y que Rousseau la ha esclarecido y robustecido hasta tal punto, que merecería la gratitud del género humano, si no fueran mayores los motivos de queja que contra él tiene. Vio el autor del contrato social que *el hombre que había nacido libre, en todas partes era esclavo* y proclamó el principio –que no se puede llamar ignorado, porque eso sería negar la historia, sino oscurecido– de la necesidad del consentimiento del pueblo para mandarlo con derecho (nota 3). Pero no se detuvo aquí: dio al pueblo la soberanía, y una soberanía no como quiera, sino absoluta,

y se perdió en el caos de errores que acabamos de ver; y dejó acreditado el absolutismo de los demagogos con quien la libertad ha tenido que sostener y sostiene todavía tan larga lucha

- (10) Agréguese a las razones en que funda el autor el *derecho que tiene el monarca de concurrir a la formación de las leyes*, las que presentamos en la nota 8. Y obsérvese que ahora reconoce que se deriva de los principios constitucionales, lejos de violarlos, pues reconociendo *la superioridad del gobierno monárquico donde quiera que sea posible establecerlo (§ 29) que el carácter distintivo de la monarquía es la perpetuidad del jefe del poder ejecutivo*; y deduciendo de esto último que *debe participar del poder legislativo*, nos ha demostrado, con cuanto rigor lógico pudiera desearse, que esto es conforme a los principios constitucionales. Nosotros dejamos demostrado que en toda forma de gobierno se debe declarar este derecho al jefe del Estado.
- (11) En el gobierno absoluto de un individuo, poco importa que se confundan o se distingan la ley y el decreto. Esto no es de ningún provecho práctico para la sociedad; porque emanando ambas disposiciones de una misma autoridad y obligando de una misma manera a los súbditos, no hay entre ellas ninguna diferencia esencial y atendible. Pero en el sistema constitucional, en que están señalados los límites de cada poder, para que ninguno de ellos tiranice, conviene mucho separar la ley del simple decreto o reglamento. La ley es dictada por el poder legislativo; el decreto o reglamento, por el jefe del Estado. La ley es, según la mente del legislador y según el modo como se somete el pueblo a ella, perpetua: el decreto no lleva en sí este carácter de perpetuidad. La ley determina un fin y el orden que se ha de guardar para alcanzarlo. El decreto o reglamento señala los medios para alcanzar el fin y guardar el orden que la ley establece. La ley es el precepto primitivo, es anterior al decreto. El decreto manda que se empleen los medios necesarios para

cumplir la ley, es por su naturaleza posterior a la ley. No puede, pues, confundirse la facultad de expedir decretos con la de imponer leyes.

Reduciendo así a sus justos límites el poder supremo del Estado, debemos precavernos por otra parte de destruirlo, como lo destruye la falsa alegoría política que representa la soberanía por un hombre, en el que el poder legislativo es la voluntad; el poder judicial es la razón y el poder ejecutivo es el brazo, el miembro material, que se mueve donde el poder legislativo y el judicial lo llevan. No puede darse un absurdo mayor bajo todos aspectos. Pero viéndolo solamente por lo que toca al poder ejecutivo, ¿cómo convertirlo en pura fuerza, que, cayendo de un modo espantoso sobre los ciudadanos, sea sordo a los dolores que cause e incapaz de comprender el espíritu de la ley, para cumplirla protegiendo y no sacrificando a la sociedad y a cada uno de sus miembros?

El poder ejecutivo tiene la acción, es verdad, pero esta acción ha de ser humana, esto es, racional y libre. El poder ejecutivo, o más bien administrativo, está destinado a gobernar conforme a las leyes. Gobernar conforme a las leyes es remediar todos los males y satisfacer todas las necesidades sociales, luego que se presenten, conforme a lo que las leyes tienen dispuesto de un modo más o menos general. Decimos de un modo general porque si bien deben determinar su objeto clara y explícitamente, para que no sea ilusoria la pauta que ha de seguir el gobierno, es imposible que el legislador prevea todas las circunstancias y todos los accidentes venideros. Si pudiera preverlos y hubiera papel bastante para escribir todas las providencias que demandan, serían inútiles entonces los gobiernos; bastaría que hubiese fuerza ejecutiva. Pero como todo esto se opone a la naturaleza de las cosas, es indispensable que haya verdadero gobierno; y verdadero gobierno, según la definición que acabamos de dar de esta idea, no puede haberlo si no estudia el bien y el mal social para facilitar el uno y remediar el otro

por todos los medios que la ley no tenga reprobados. El poder administrativo, pues, aunque es el único que dispone de la fuerza pública, no es fuerza en sí mismo, es, como todo poder político, una razón y una voluntad; y se distingue de los otros esta razón y esta voluntad en que ha de velar incesantemente y ha de estar en acción continua, para apartar del individuo y del Estado todo mal y facilitarles todo bien.

Es cierto que este poder está subordinado a la ley, más los otros también están subordinados a ella; y no tienen, por consiguiente, en qué fundar superioridad ninguna sobre él. Cada uno tiene señaladas sus funciones y la regla que ha de observar en su ejercicio. De aquí se ha deducido muy bien que ni el Congreso ni los tribunales deben obedecer las órdenes del poder ejecutivo en que se arrogue facultades que la Constitución haya reservado a los otros poderes. Esta consecuencia es verdadera, aunque no expresa más que una parte de la verdad. La consecuencia entera, en toda la universalidad que trae consigo, es que ninguno de los poderes políticos puede cumplir las disposiciones que alguno de ellos dicte contra las leyes, sin hacerse su cómplice y quedar sujeto a la misma responsabilidad que él. Por consiguiente, los poderes ejecutivo y judicial no deben auxiliar al congreso para que se cumplan las sentencias o medidas administrativas que dictare, si llega el caso de este monstruoso abuso; el legislativo y el ejecutivo tampoco deben prestar su auxilio al judicial, cuando se entrometa en actos legislativos o administrativos; en fin, ni los tribunales ni el congreso deben prestarlo al ejecutivo, cuando cometa usurpaciones semejantes.

- (12) Con muy pocas palabras resuelve el señor Pinheiro la cuestión que los antiguos escritores han contemplado tan despacio, de la resistencia a las órdenes injustas de la autoridad, y la diferencia proviene de que para ellos la sociedad estaba fundada en la naturaleza, mientras el texto que comentamos supone que todo el orden público

y todos los deberes del ciudadano descansan en el *pacto social*. En efecto, si el *pacto social* es el único origen de nuestros deberes respecto de la patria y de nuestros conciudadanos, luego de que suframos contra lo pactado el menor daño; y sea que provenga de la autoridad, lo cual es muy fácil porque la han de ejercer hombres, sea que provenga de cualquier particular, tenemos el derecho de romper con la sociedad y cometer todo género de delitos. No se puede raciocinar de un modo más lógico. Pero por lo mismo que esta espantosa consecuencia es tan lógica, debe ser falsísimo el principio ya refutado (nota 9) de donde se deriva.

Es preciso, pues, para resolver la cuestión, partir de más verdaderas y más altas ideas. Recordemos que una *ley divina es el origen de la sociedad*, que cada Estado tiene un *destino* natural que cumplir y es una persona jurídica, cuya existencia y cuya paz estamos, por consiguiente, obligados a respetar; que *los pueblos tienen el deber indestructible de obedecer al soberano*; y, en fin, que la autoridad de esto *no es absoluta y solo obliga*, solo es soberana *cuando lo que manda es conforme a la ley natural*. Estas verdades, que tenemos ya bien averiguadas (nota 3), suministran, si no se pierde de vista ninguna, la luz necesaria para resolver la cuestión de la resistencia. Esta cuestión se puede descomponer en las siguientes ¿Hay casos en que no obliguen las órdenes de la autoridad? Supuesto que los haya ¿será justa la resistencia a obedecer, siempre que se presenten esos casos? En fin, supuesto que la resistencia sea alguna vez justa, ¿hasta qué punto es lícito llevarla?

Consideremos la primera cuestión. ¿Hay casos en que no obliguen las órdenes de la autoridad? Ya esta cuestión está resuelta. La autoridad solo existe por la necesidad de que sea garantizado el derecho: este es su título. Solo existe para garantizarlo: este es su fin. Por eso *solo obliga cuando lo que manda es conforme a la ley o derecho natural*. Cuando se aparta de aquí, obra sin título

y lejos de su fin. Es indudable, pues, que hay casos en que las órdenes de la autoridad no obligan. Entre estos casos no se puede contar el de duda acerca de la justicia de lo que se ordena. La obligación de obedecer es clara y general. Una simple duda de las muchas que recaen siempre sobre toda ley y sobre todo acto del gobierno no puede suspender esa obligación, sin que el orden público quede absolutamente destruido. Pasemos a la segunda cuestión.

¿Cuándo no hay obligación de obedecer será justa siempre la resistencia? A primera vista parece que esta cuestión está contenida en la anterior, y no necesita un examen separado: pero vamos a ver que no es así, que hay casos en que, mandando la autoridad sin derecho, consideraciones muy sagradas nos obligan a cumplir sus órdenes; y hay otros en que es justo resistir. Si la injusticia del precepto consiste en nuestro daño particular únicamente y no podemos desobedecer sino turbando, o dando ocasión de que se turbe la quietud pública, estamos obligados a la obediencia; porque ningún daño personal por grave que sea nos da derecho para dañar a la sociedad entera. No obedecemos entonces por que haya derecho en el que manda, sino porque lo tiene la sociedad de no ser perturbada. Pero si lo que se nos manda es que sirvamos de instrumento para tiranizar a los demás, para violar la Constitución del Estado o las leyes de la moral, debemos desobedecer abiertamente; porque en todas circunstancias y a cualquiera costa, estamos obligados a respetar el derecho y la moral.

Mas, ¿hasta dónde será lícito llevar la resistencia? Esta era la tercera cuestión. La resistencia puede ser pasiva y activa. La resistencia pasiva, esto es, la firme resolución de no obedecer, debe llevarse hasta sufrir la muerte, pues ni la muerte puede hacer vacilar al buen ciudadano cuando se trata del cumplimiento de su deber. Por lo que mira a la resistencia activa, al empleo de la fuerza para derrocar las autoridades injustas, creemos tan difícil que se

presente alguna vez el caso en que se pueda abrazar esta conducta, que no nos detenemos en condenarla, generalmente hablando, como criminal. ¿De qué otro modo puede calificarse el estrago que producen los que arrancan a la sociedad de los cimientos de orden sobre que descansa, sin contar con fuerzas bastantes, porque no las tiene el hombre, para volver a colocarla sobre ellos? Si hay caso en que la revolución sea lícita, es harto difícil determinarlo. Así, quien no quiera contraer una enormísima responsabilidad ante Dios y la patria, no debe tomar parte en la revolución, sino cuando esté consumada por la mayoría de los ciudadanos, y entonces debe trabajar con todas sus fuerzas porque termine, lo más breve posible, el desorden social.

(13) Véase la nota 3.

(14) Hemos dicho (nota 3) que, para que se constituya el soberano, se requiere, como condición indispensable, el consentimiento del pueblo *expresado por su obediencia*. De esta doctrina que hemos sostenido, muy lejos de pensar que se ocurriese a alguien impugnarla, ha habido quien concluya, por más que las leyes invariables del raciocinio protesten contra tan inesperada consecuencia, que desconocemos las elecciones populares. Aprovechamos esta ocasión para declarar que admitimos como jurídicas la sucesión llamada hereditaria y la sucesión en virtud de elección, ya se haga esta por escrutinio, ya por aclamación, ya bajo cualquiera otra forma que la razón apruebe. Pero sea cual fuere la forma que se adopte, ninguna de ellas será prueba cierta del consentimiento del pueblo, si el pueblo no obedece. ¿Quién dirá que tiene verdadera legitimidad, legitimidad fundada en el consentimiento de los súbditos, un gobierno instalado por herencia o elección, si el pueblo lo rechaza y se niega a obedecerle? La obediencia pacífica es, pues, como dice aquí el señor Pinheiro y ya lo establecimos, el único indicio seguro de que el fraude o la coacción no han abusado de las formas establecidas: de que hay consentimiento real de parte del

pueblo y legitimidad en el gobierno. Este principio es de suma importancia en el derecho constitucional, y en las aplicaciones que hace de él la práctica del derecho de gentes.

- (15) Es en efecto contrario a la recta razón que los electores den instrucciones a los diputados, y que les prescriban límites. Pero no lo fuera, si los poderes públicos se delegaran, porque los electores serían los destinados a otorgar el mandato en nombre del pueblo, y no se percibiría ningún embarazo para que el poder se ampliara o se restringiera a voluntad del poderdante. El autor se ha visto precisado aquí a apartarse de la doctrina de la delegación que estableció en el § 9. Nosotros manifestamos ya que la autoridad no se delega: que el elector no hace más que reconocer la capacidad superior y someterse a ella (nota 3). Este principio es dictado por la naturaleza, que ha destinado unos hombres a mandar, otros a elegir y otros simplemente a obedecer. Las constituciones más democráticas así lo reconocen, cuando fijan las calidades de los electores y de los elegibles. No por esto es ilimitado el poder de los miembros de las cámaras, ni el de ningún otro funcionario público. Su acción no puede salir de la órbita trazada por las reglas de justicia social, que la ley debe tener declaradas.
- (16) Sobre el origen de la Ley Sálica, que todos citan cuando se trata de la sucesión a la Corona, hay dos opiniones diferentes: unos creen que se dictó en Germania en tiempos muy remotos y otros que en Bélgica entre los Gaudas, en el séptimo siglo. Wiarda opina, después de haber hecho indagaciones históricas muy prolijas, que la Ley Sálica se redactó por la primera vez a la izquierda del Rin, en Bélgica, donde estaba establecida la tribu de los francos salianos, a los que esta ley gobernaba y de los que se deriva su nombre; que su antigüedad no pasa del siglo séptimo; que su texto se compuso en lengua latina; que en rigor no es ley promulgada por alguna autoridad, sino una simple compilación de

costumbres y decisiones judiciales, semejante al *Especulo de los sajones* y a otros monumentos de la legislación germánica.

Esta ley se ocupa del derecho político, del civil, penal, de procedimiento civil y criminal de la policía rural, sin guardar ningún orden en la elección de las materias, y formando de todo un caos. M. Guissot cree que examinándola despacio se descubre en ella el carácter dominante de ley penal. La parte de esta ley que se cita al hablar de sucesión y que no era más que una antigua costumbre consignada en ella, dice: «la tierra sálica no pasará a las mujeres y la herencia entera se entregará a los varones». Esta disposición no podía tener imperio sobre las monarquías de Europa; pero el haberla adoptado casi todas ellas para la sucesión al trono produjo la celebridad de la Ley Sálica.

¿Y hay razón bastante en el estado actual del mundo para negar la corona a las mujeres? La debilidad del gobierno de una mujer y el privilegio de conceder a una hija de rey los mismos derechos que la ley niega a todas las mujeres son las reflexiones más fuertes que se oponen a su sucesión en el trono. Por lo que hace a lo primero, la reina gobierna con sus ministros, en los cuales hay energía bastante, y quizá sea un gran bien para los Estados monárquicos, que en medio de la fuerza ministerial esté colocada una persona más sensible, más delicada, más espiritual y, por consiguiente, más justa, que temple la acción, demasiado violenta algunas veces del gobierno. La razón sacada de la idea del privilegio tampoco creemos que prueba nada contra el llamamiento de las mujeres al trono. Hay privilegio en el sentido de que los tratadistas dan a esta palabra, es decir, hay concesión caprichosa de derechos cuando se conceden a una persona, negándolos a todas las que se hallan en las mismas circunstancias. Pero ¿qué tienen de común con las circunstancias de las demás mujeres, las de una descendiente de reyes, rodeada de la veneración de su pueblo y educada

para reinar? Si la ley niega a las mujeres el ejercicio de los derechos políticos y hasta cierto punto el de los civiles, es únicamente por el atraso en que generalmente se halla su educación.

Los partidarios del pacto social y de la soberanía absoluta del pueblo que fundan el derecho en la fuerza, no es extraño que para nada hayan pensado en las mujeres cuando se ha tratado de derechos. Mas la filosofía no conoce otro origen de derecho que la capacidad, y las mujeres no carecen de ella, porque no carecen de alma humana. Desenvolver el germen de los sentimientos puros y de las ideas elevadas que en sí llevan, es un deber sagrado de la sociedad. Así se pondrán todas en estado de ejercer, con las modificaciones que trae consigo el sexo, los mismos derechos que el varón y de influir, conforme a las miras de la providencia, en la depuración y el mejoramiento de la sociedad humana. No negamos por esto, y antes reconocemos la necesidad de que el hombre sea cabeza del matrimonio. El orden doméstico sería de otra manera imposible.

- (17) Todo lo que se alega a favor de la monarquía hereditaria y de la electiva se reduce a que en aquélla no hay riesgo de que la sucesión altere la tranquilidad pública; y en ésta parece más fácil que ascienda al trono el verdadero mérito. Sea cual fuere la forma que deba preferirse, no podemos convenir en que una sea más ventajosa, y otra más conforme al sistema constitucional; porque más ventajosa solo puede ser la que más garantice el orden y los goces sociales; y no exige más el derecho constitucional.
- (18) Como los presidentes de las repúblicas son responsables de todos sus actos, no hay embarazo para que manden, y en efecto mandan cuando lo tienen a bien personalmente el ejército en campaña. ¿Pero conviene que el presidente ejerza por sí mismo las funciones de general en jefe? Ardua y aún no dilucidada es esta cuestión. La opinión común, si hay alguna sobre la materia en el Perú, es que

el ascendiente que adquiere en nuestras repúblicas el jefe del ejército, por la fuerza de que dispone y por la gloria de los hechos militares, no debe cederlo un gobernante, cuyo poder combatido por todas partes, está muy lejos de la robustez de la autoridad de los monarcas. No dudamos que esta consideración y algunas otras serán de gran peso en ciertos casos, que solo pueden determinarse a presencia de las circunstancias, por lo cual la Constitución debe declarar al presidente el derecho de ponerse a la cabeza del ejército. Mas generalmente hablando, no conviene que el presidente usó esta facultad, por muy graves razones. Nunca se necesita más vigor, más vida en la suprema autoridad, que durante la guerra, porque entonces se han de mantener más que nunca encadenadas las pasiones que ponen en peligro el orden público. Entonces, es indispensable asegurar, de una manera indefectible, los auxilios que demanda el ejército y preparar, para el caso de una derrota, medios seguros de defensa. La autoridad del vicepresidente es muy débil para toda esta energía de acción, aunque no sea más que por la falta de hábito que hay en él de gobernar y en los pueblos de obedecerle. Además, por lo mismo que es un periodo corto el del mando de un presidente, conviene no abreviarlo, ni exponer el Estado a los desórdenes, que la pérdida de su jefe en el campo de batalla le acarrearía; fuera de lo mucho que habría que temer, en tal caso, del enemigo exterior.

- (19) Que no se admita como *candidatos al ministerio*, sino a los que posean *la probidad y la capacidad que exige la naturaleza del empleo*, no es más que una aplicación del principio general, que excluye de los destinos públicos a los que carecen de las aptitudes que ellos requieren. Libertad necesita, sin duda, el monarca en la elección de sus ministros, porque es imposible que gobierne con los que no sean de su confianza. Mayor y con más justicia la reclaman los presidentes de las repúblicas; porque, además de la razón que milita respecto de los monarcas, tienen ellos la de su responsabilidad personal. Pero no

se deduce de aquí la libertad de no elegir ministros, que son auxilios indispensables para conducir el Estado, ni mucho menos podrá deducirse la de elegirlos ineptos, pues no solo carecería entonces el jefe del Estado de la luz que ha menester, sino que estaría rodeado de errores; y resultarían dos gravísimos inconvenientes, de los que el uno es consecuencia del otro. Por una parte, los que nacieron para obedecer mandarían a los que nacieron para mandar, y por otra, como resultado inevitable de esta monstruosa injusticia, el Estado retrogradaría y experimentaría incalculables sufrimientos. Debe reconocerse, pues, en los monarcas y presidentes, libertad de elegir ministros, pero solo de entre aquellos que posean la conveniente capacidad. Por lo cual en cada país deben señalarse las personas, en quienes concurren las calidades que la ley haya fijado como indicios seguros de capacidad. Suponemos que estas calidades no sean solo la edad y la renta, que el señor Pinheiro con razón no tiene por bastantes, pues no son pocos los ricos y los ancianos absolutamente incapaces de desempeñar ninguna de las funciones del poder público.

Por lo que hace a la división de los despachos, es principio general que deben reunirse bajo un ministro los que tengan más analogías. Pero el número de ministros depende de la mayor o menor abundancia de negocios, según el estado de desarrollo y movimiento en que se encuentre la nación.

- (20) No nos parece exento de graves objeciones, ni realizable el proyecto de organización del ejército que propone el señor Pinheiro. Dejando a los inteligentes en materias militares el juicio sobre esto, bajo el aspecto en que ellos solos son jueces competentes; y considerando el asunto por su lado político, juzgamos que está fuera de disputa lo gravoso y lo perjudicial que es a la nación, en todo sentido, un ejército permanente tan numeroso, que no guarde proporción con las necesidades del servicio; y no creemos que el aumento excesivo de tropas pueda justificarse con el respeto que debe inspirarse a

los Estados vecinos, porque –como observa Filangieri– «ellos aumentarán también las suyas: de modo que quedan *reducidas a cero las ventajas de la mayor seguridad; y solo se halla exceso en los gastos y en la despoblación*». Pero no podemos pasar de aquí a condenar la institución de los ejércitos permanentes; esto es, la profesión de ciertos hombres, destinados especialmente a defender el país de sus perturbadores internos y de sus enemigos extraños.

Es cierto que –como observa el autor que acabamos de citar– esta institución fue desconocida por mucho tiempo en las repúblicas antiguas; ¿mas convendremos con él por eso en que hoy deba vituperarse? Si debiéramos tomar nuestro modelo en los pueblos más cercanos a la infancia de la sociedad, la perfección de ésta consistiría en que viéramos desempeñar a cada padre de familia las funciones de rey y de artesano, de sacerdote y de soldado, etcétera, la perfección sería el más horroroso retroceso. Un efecto necesario y un auxilio poderosísimo del desarrollo progresivo de las facultades humanas es la división de las funciones sociales. Cada individuo de la especie humana tiene una tendencia invencible a cultivar los dones de que con más liberalidad lo ha dotado el Creador, y esta tendencia forma naturalmente la división de las profesiones, en medio de las que cada uno encuentra el pábulo que su talento particular y su corazón necesitan, y la sociedad, la armonía, la hermosura y la robustez de su vida. Obligar por turno a todos los ciudadanos, en las circunstancias ordinarias, a las ocupaciones continuas del soldado es, por consiguiente, una injusticia individual y social; al paso que de este modo se destruye la profesión militar y que dan en una situación violenta los que, poseyendo en alto grado las prendas que ella demanda, se encuentran confundidos con los que no las tienen. Mucho se opone esto a la naturaleza y por eso lo creemos, además de injusto, impracticable. Otra cosa es el servicio de guarnición para el que no sea suficiente el ejército; y la defensa de la patria, cuando reclame el

auxilio de todos sus hijos, porque a esto no puede oponer embarazo legítimo, ninguno de los ciudadanos que se encuentren en estado de llevar las armas.

(21) El tribunal de cuentas organizado conforme a las leyes españolas posee, a nuestro juicio, todos los medios de desempeñar con exactitud los deberes que el autor le señala. Desearíamos solamente que se le acabara de reconocer la misma independencia, que a los funcionarios que ejercen el poder judicial en los demás fueros.

(22) He aquí principios excelentes acerca de la instrucción. Pero hay uno entre ellos, susceptible de peligrosísimo ensanche: hablamos de la libertad de enseñanza. Pocos la amarán más ardientemente que nosotros, pocos verán con más horror la tiranía del entendimiento y los indecibles daños que ella causa a la ciencia, a la juventud y al porvenir del género humano. Pero estamos convencidos de que la libertad absoluta de enseñanza sería la ruina de toda enseñanza, y si hay estragos que puedan espantar más, que los que provienen de la esclavitud de los profesores, son sin duda los estragos del charlatanismo. El derecho de enseñar libremente tiene, como todo derecho, sus límites, fuera de los cuales no es ya derecho sino ataque al derecho de la sociedad. De estos límites sale el que, sin poseer la conveniente capacidad, comete el arrojado de lanzarse en la carrera de la enseñanza. Es, pues, un principio incuestionable de derecho constitucional, que solo debe permitirse dar lecciones a los que tengan las necesarias aptitudes.

Para que haya juez competente que averigüe esas aptitudes y declare quién las posee, es necesario que la instrucción pública esté organizada, que haya una verdadera universidad y un consejo de instrucción. Así, después de haber hecho los estudios necesarios y de haber sufrido los correspondientes exámenes, podrá obtener el grado que tenga anexa la facultad de enseñar, quien quiera que lo merezca, sin que el gobierno intervenga en esto, más que para averiguar si el nuevo profesor está aprobado.

La universidad de que hablamos no es un cuerpo de doctores pertenecientes a dos o tres mezquinas facultades, sin vida ni acción. Es la sociedad de todos los que aprenden y de todos los que enseñan, o sirven con sus trabajos intelectuales a la enseñanza en la nación, sin excluir ningún ramo del saber humano. Es una sociedad animada y activa cuyas funciones deben estar distribuidas con armonía entre sus miembros; una sociedad regida por una autoridad propia; una sociedad que tenga, conforme al general deseo, vida aparte como la Iglesia, aunque su fin sea distinto. Como tal universidad no puede aparecer repentinamente constituida, como un producto de la naturaleza abandonada a sí misma, es necesario que el gobierno sea su creador, y que la conserve bajo su tutela, no dominándola, sino protegiéndola y preparándole medios de existencia independiente.

Para esto es necesario que el gobierno ponga a disposición de la universidad los fondos indispensables, que la carrera de la cátedra se considere de servicio público, con todos los goces que la ley concede a las carreras públicas más ilustres y que se la rodee del honor a que tantos títulos tiene. El Estado ha menester seguridad bastante de que la renta y el honor, que concede a los profesores, se merecen. Estas garantías las ofrece el consejo de instrucción, si se compone de miembros nombrados por el gobierno, a propuesta de las diferentes facultades de la universidad. El consejo debe velar sobre la instrucción y su adelantamiento, para lo cual oirá en cada materia en los casos convenientes a la facultad que corresponda, y pedirá al gobierno la intervención de su autoridad cuando fuere necesario. Creemos que el gobierno no debe tener derecho de negarse a lo que le pida el consejo, de acuerdo con la universidad, o con la facultad a la que pertenezca la materia (siempre que esto no choque con otros intereses sociales), porque en tal caso han fallado todos los que tienen derecho de fallar.

Con esta institución, de cuyo completo arreglo debe ocuparse la ley, el país tendrá asegurado el más importante

de sus intereses: la sólida construcción de la juventud. Respetando la universidad por una parte, como lo exige la justicia, y alentando los esfuerzos individuales de la inteligencia para abrirse sendas nuevas e impidiendo por otra la ruina de la ciencia y la estafa del público, nadie podrá quejarse de opresión, sino los ignorantes sin conciencia, que pretendan lucrar a costa de la juventud y de la fortuna de los padres imprudentes. El medio de los exámenes periódicos que ofrece el autor nos parece indispensable, y creemos que donde no se adopte, poca esperanza puede haber de adelanto en la instrucción, pero no es precaución bastante contra el daño que causa un charlatán que toma el nombre de profesor, porque cuando menos los educandos perderán el tiempo, y el tiempo es pérdida enormísima e irreparable, principalmente para la instrucción. Es necesario, pues, que la universidad emplee medios más seguros, sin desechar el de los exámenes, para impedir los males incalculables que los maestros ineptos pueden causar a los particulares y a la futura suerte de la nación.

- (23) Opina el autor que el juez no debe examinar de oficio a las partes, ni a los testigos, y que las prácticas que se siguen en los interrogatorios son injustas, porque es injusto sorprender al declarante y no darle bastante tiempo para que reflexione sobre lo que ha de decir. Pero esta opinión choca con el fin de los poderes políticos, que es asegurar a los ciudadanos el goce de sus derechos y con el fin particular de los tribunales, que no tienen otro destino que proteger estos derechos, averiguando y enfrentando, conforme a las leyes, los delitos y las usurpaciones intentadas, o consumadas de buena o mala fe. «Los jugadores, dice el venerable código de D. Alonso el sabio, deven haber nome de jueces, que quier tanto decir como omes buenos, que son puestos para mandar é facer derecho» (L. 1ª, tit. 4º, part. 3ª) El deber incuestionable de los jueces es, pues, administrar justicia, *facere derecho*. Y como la justicia es siempre la misma, ya esté bien, ya mal comprendida; ya bien, ya mal defendida

por las partes, los jueces tienen la obligación sagrada de emplear todos los medios legales que conduzcan a su esclarecimiento.

La verdad a quien interesa es a los abogados, dice el señor Pinheiro. Y es cierto que les interesa, a lo menos a los que la defienden, pero interesa también y no poco al juez, llamado a obrar conforme a ella. Si es un axioma en el foro que el juez ha de fallar *juxta allegata et probata*, porque de otro modo se abriría la puerta a la arbitrariedad, eso no impide que una parte de las pruebas sean buscadas e incorporadas en los autos por el juez. El código citado, consecuente con la exacta definición que da del juez, dice: «*Verdad es cosa que los juzgadores deven catar en los pleitos sobre todas las otras cosas del mundo: y por ende... Deven ser acuciosos en puñar de saber la verdad por cuantas maneras pudieren... E quando supieren la verdad, deven dar su juyzio, en la manera que entendieren que lo han de fazer, segund derecho*» (L. 11. del mismo tít, y part.).

Lo que importa es que, en medio de la amplia libertad que han de gozar los jueces y tribunales para la averiguación de los hechos, no puedan emplear las medidas crueles, injustas e inútiles al mismo tiempo, que con el nombre de tormento se usaron, por desgracia de la humanidad, algunos siglos; y que, por un exceso de amor a la justicia, estableció el legislador español citado.

No podemos decir lo mismo de la *sorpresa* de que el señor Pinheiro se queja. Que no se veje, ni se aterre a los declarantes; que se les trate con el respeto que merece el hombre, aun cuando está manchado por el crimen, esto lo exige sin duda el derecho, y los jueces no deben olvidarlo. Pero tampoco han de facilitar al fraude, ni a la mentira el uso de sus reprobadas artimañas, y se les facilitaría mucho, si se concediera largo tiempo para preparar las declaraciones. Para decir la verdad no se necesita mucha meditación; porque la verdad es lo primero que sale de los labios del hombre. Para contrariar la ley de

la naturaleza que nos mueve a decirla: para faltar con la mentira al respeto que se debe a la justicia, es para lo que se necesita tiempo.

- (24) Señalamos con manecillas la doctrina del autor sobre el juramento, y la creeríamos suficientemente refutada con este simple llamamiento de la atención, si no escribiéramos principalmente para jóvenes cursantes.

El señor Pinheiro opina que, en vez del juramento, debe usarse del empeño de la palabra de honor. Una de las razones que lo deciden a abrazar esta opinión, es que «el único motivo de fundar las transacciones humanas sobre la santidad del juramento ha sido el deseo de hacer intervenir a la religión y, por ella, a sus ministros en los negocios de la sociedad civil». ¿Y por qué —preguntamos nosotros— se habrá querido hacer intervenir a la religión y a sus ministros en los negocios civiles? Este fenómeno que nos presenta constantemente la historia en todas las sociedades humanas, ¿no tendrá alguna causa que la razón deba indagar detenidamente? Supongamos que los sacerdotes hayan sido quienes por su interés han establecido el juramento, pero ¿por qué se ha ocurrido a los sacerdotes de todos los cultos este mismo medio y cómo han logrado convencer a la humanidad entera de que es la garantía más segura de las promesas? Con la impostura no puede explicarse esto. Es preciso que tenga su origen en la naturaleza de las cosas, en alguna verdad necesaria: y esta verdad se percibe claramente, desde que el hombre se eleva a la idea de Dios.

Porque si hay Dios, como no puede dejar de confesarlo quien conserve cabales sus potencias, la relación que existe entre nosotros y él, es la que la razón percibe inevitablemente entre la criatura y el Creador, entre el súbdito y su natural soberano. Si hay Dios, ve todas nuestras acciones y los más secretos movimientos de nuestro corazón. Si hay Dios, no podemos engañar impunemente a nuestros semejantes, ni cabe ánimo para arrostrar su santa cólera en quien la tenga presente. Era natural, pues,

que los hombres viesan, como la prenda más segura de la firmeza de los contratos, la circunstancia de haberse celebrado en presencia de Dios, que es a lo que se reduce el juramento.

«¿Qué es el juramento? dice Royer-Collard: un acto de religión, según los jurisconsultos, en que el que jura toma a Dios por testigo de su fidelidad a lo que promete, y por juez y vengador de su infidelidad, si llegare a faltar a lo prometido; es un acto de religión en el que Dios, presente do quiera, interviene como testigo y como vengador» (Discurso en la Cámara de Diputados, sesión de 12 de abril de 1825). Royer-Collard no es sacerdote, se le mira como a fundador del *racionalismo* francés, que nosotros profesamos en filosofía, pero del que en religión estamos y están los sacerdotes tan lejos, como la verdad revelada lo está de su absoluta negación. Sin embargo, aquel célebre orador y filósofo da del juramento la misma idea que nosotros, y aunque no aprueba su abuso, los términos en que se explica manifiestan que tiene nuestra misma convicción y la misma convicción que el género humano; porque basta el *racionalismo*, esto es, el reconocimiento de un mundo distinto del mundo de la materia, para alcanzar lo natural y lo importante que es el juramento en muchos actos de la vida civil.

Pero el juramento se viola, y esta parece que es otra de las razones que contra él tiene el señor Pinheiro. Es verdad, por desgracia, que el juramento se viola, pero ¿de qué no será capaz el que ha llegado hasta ese punto de corrupción y de embrutecimiento? Quien hace esta sacrílega burla de Dios, ¿de qué no se burlará? De su honor, responde el señor Pinheiro, *no son raros los hombres que no profesan más religión que la del hombre de bien, es decir, la observancia escrupulosa de las leyes del honor.*

Saquemos la palabra *honor* de la vaguedad con que aquí se presenta, determinemos sus sentidos, y veremos que, sea cual fuere aquel en que se tome, nunca puede ser preferible el empeño del honor al juramento. O se entiende

por honor la estimación de sí mismo, de que goza el hombre que arregla su conducta a los nobles principios de la moral, y que está firmemente resuelto a vivir conforme a ellos; o la estimación que hacen de él los demás. En el primer sentido ¿quién puede concebir honor –*religión del hombre de bien*– en el que viola sus juramentos? En el segundo, ¿qué garantía es el honor fácil de conservarse y aumentarse a costa de un poco más de fraude –de un poco más de iniquidad, sobre la que se haya empleado para burlarse de aquel con quien se pactó?

En fin, el señor Pinheiro alega con seriedad contra el juramento, el que los sacerdotes hayan enseñado que *el juramento que no debe prestarse, no debe cumplirse*; y exclama: ¡He aquí su religión! Añade que, en materia de honor, se ha creído y se creará siempre todo lo contrario, Se lee una y otra vez esto, y no se acaba de comprender cómo ha podido salir de la pluma del señor Pinheiro. ¡Con que, para que la religión de los sacerdotes fuera pura y divina, era preciso que enseñaran que el que jura robar, debe robar; que el que jura asesinar, debe asesinar! ¡Con que para que pueda decir el hombre *todo está perdido menos el honor*, es preciso que corneta todos los crímenes para los que haya empeñado su palabra! Esta lamentable caída del señor Pinheiro no nos sorprende. La presentamos a nuestros alumnos como una muestra del triste privilegio en que los hombres que han renunciado a la religión están, por distinguido que sea su saber, de renunciar también hasta del sentido común, cuando raciocinian sobre asuntos religiosos.

- (25) El poder conservador está destinado a impedir que los otros poderes salgan de los límites que les ha señalado la ley constitucional, Y como en cada uno de los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, hay funciones que miran a este fin, tiene razón el señor Pinheiro en decir que él encuentra el poder conservador, no solo entre las atribuciones de la Corona, sino también entre las de los agentes supremos de los otros poderes políticos.

Pero cuando estos poderes se invadan y choquen entre sí, ¿cómo se restablecerá el equilibrio sin crear por otra parte un poder absoluto? Esto condujo a Constant a concebir la necesidad de un poder enteramente distinto de los otros tres: enteramente imparcial y neutro, y que careciese de medios para tiranizar. «La monarquía constitucional –dice– ha creado este poder neutro en la persona del rey. El rey se halla colocado en medio de los tres poderes: es autoridad neutra e intermedia, no tiene interés verdadero en romper el equilibrio; y todo su interés, por el contrario, es conservarlo. Con todo, como los hombres no siempre obran conforme a su interés verdadero, conviene tomar precauciones, para que el poder real no pueda usurpar los otros poderes, y en esto consiste La diferencia entre la monarquía absoluta y la monarquía constitucional. Citaremos la Constitución inglesa, porque conviene siempre pasar de las abstracciones a los hechos. Ninguna ley puede hacerse sin que concurra el Parlamento; ningún decreto ejecutarse sin la firma de un ministro, ninguna sentencia pronunciarse, sino por tribunales independientes. Pero tomada una vez esta precaución, véase cómo emplea la Constitución inglesa el poder del rey para poner término a toda lucha peligrosa y restablecer la armonía entre los otros poderes. Si la acción del poder ejecutivo, es decir, de los ministros, es irregular, el rey destituye al poder ejecutivo. Si la acción del poder representativo se hace funesta, el rey disuelve el poder representativo. En fin, si la acción del poder judicial es odiosa, porque aplica a las acciones individuales penas generales muy severas, el rey temple esta acción por su derecho de hacer gracia. Ha sido un vicio casi de todas las constituciones no haber creado un poder neutro, sino haber colocado la suma de la autoridad de que él debe estar investido en alguno de los poderes activos». Constant prosigue manifestando históricamente que, procediendo así, es inevitable la tiranía (*Cours de politiq. constit. chap. prem. des pouv. Constit.*).

En nuestras constituciones republicanas falta este poder distinto de los otros poderes: este poder neutro y verdaderamente conservador. Cada uno de los tres poderes tiene atribuciones conservadoras, cada uno está limitado cuando ejercen los otros sobre él estas atribuciones. Pero hay uno que no siente este influjo, y es de hecho ilimitado, este poder es el del Congreso. Establecidas están sus atribuciones constitucionales: ni el presidente de la República ni los tribunales deben cumplir las disposiciones que dictare traspasándolas (nota 11). Esta es la teoría verdadera, este es el derecho. ¿Pero cuál es el poder público que tiene medios suficientes para asegurar la práctica del derecho en esta parte, enfrentando al Congreso cuando quiera atropellarlo todo para hacer cumplir un acto de arbitrariedad o para consumir tal vez una revolución?

He aquí un deplorable vacío que conviene llenar en las constituciones de la América española, a fin de que con verdad pueda llamarse libre. Entre tanto, hay que confesar que en los Estados americanos existe el poder absoluto de hecho; un poder, queremos decir, cuyo ejercicio puede hallar límites en la razón y en la ley escrita, pero nunca obstáculo invencible en la práctica. Este es cabalmente el poder de los reyes absolutos. No decimos por esto que los congresos sean necesariamente tiranos. La ilustración y la rectitud de miras en la mayoría de sus miembros, cuando las posean, preservarán el país de toda violencia. La misma garantía puede hallarse en los reyes absolutos. Pero esta garantía contingente viene de las personas que ejercen el poder; del buen estado de su voluntad, no de la Constitución. Si la autoridad no oprime en este caso no es porque la Constitución le haya quitado el poder de oprimir, que sin duda tiene. Pues este poder de oprimir, aunque actualmente no se oprima, es lo que se llama poder absoluto, y lo que toda Constitución se propone destruir. Por consiguiente, la que deje en pie poder tan formidable, no ha alcanzado su fin y tiene una grave imperfección que remediar.

SECCIÓN SEGUNDA

- (1) Dejamos sentado que todo derecho es natural, y hemos definido el derecho público interno y el externo llamado también de gentes o internacional (secc. 1ª, nota 1ª.). Como cada nación es una persona (secc. 1ª, nota 3) y de las relaciones que hay entre las personas nace el derecho, nadie puede dudar de la existencia del derecho, que regla la conducta de las naciones entre sí, o derecho de gentes. Este derecho considerado en sí mismo y la ciencia que se ocupa de él tiene el mismo nombre: derecho de gentes natural, filosófico o necesario. Los tres epítetos significan una misma cosa. Los últimos escritores llaman a la ciencia *filosofía del derecho de gentes* y la consideran como parte de la filosofía del derecho. El derecho de gentes cuando se ha reconocido explícitamente se llama derecho de gentes positivo: nombre que también tiene la parte de la ciencia que lo expone.

El derecho positivo que han de observar entre sí los individuos, está determinado en las leyes sancionadas por el soberano, que cuida de su cumplimiento, y cuando la ley falta, arreglan su conducta a la costumbre y a los pactos que se ven precisados a celebrar. Las naciones no tienen fuera de Dios quien legisle sobre ellas. Por consiguiente, su derecho positivo no puede consistir sino en las costumbres y en los pactos, a que tienen que ocurrir los hombres en defecto de la ley escrita. El derecho de gentes reconocido por la costumbre se llama consuetudinario, y el que se ha reconocido por pactos o convenciones, convencional.

Decimos que el derecho de gentes positivo es el derecho de gentes natural reconocido, porque las costumbres o los pactos que no expresen, sino que violen aquel derecho, no pueden ser regla de justicia, ni producir obligación

internacional, así como no la producen entre los individuos. El derecho positivo declara el natural, y convierte en jurídicas algunas obligaciones meramente morales de los pueblos, como sucede con las obligaciones que nacen de un tratado de comercio, pero no puede en rigor producir obligaciones enteramente nuevas (nota 9).

La costumbre no se puede ver como expresión del derecho sino para los pueblos que la observan ni los tratados pueden obligar a otros que aquellos que los han celebrado. De las costumbres y de los tratados particulares solo se deriva un derecho particular. Mas hay costumbres generales y hay declaraciones que se repiten en todos los tratados, y estas constituyen un derecho positivo universal.

Se ve como otra fuente de este derecho la jurisprudencia de cada Estado, porque, aunque a ninguno de ellos es dado alterar el derecho de gentes universal, sus códigos y las sentencias de sus tribunales declaran, conforme al derecho universal, la conducta que el gobierno y sus súbditos deben guardar con las otras naciones. Allí debe encontrarse mucha luz sobre el derecho de gentes: bien que éste no saque su fuerza de la jurisprudencia, pues antes ella la saca de él en esta parte.

Las fuentes del derecho de gentes positivo son, según esto: 1.º la filosofía del derecho, 2.º la costumbre, 3.º los pactos, 4.º la jurisprudencia de las naciones. Este es el orden racional. En la práctica se consultan en el orden inverso, porque las reglas del derecho se aceptan con más facilidad, en las cuestiones que se presentan, a medida que se tienen más explícitamente reconocidas. El autor se contrae principalmente a la filosofía del derecho. No se propone discurrir sino sobre el derecho en sí mismo: sobre el derecho filosófico. Y esto es tanto más estimable, cuanto que la ciencia de que nos ocupamos tiene la desgracia de no verse por muchos, más que como colección de hechos internacionales, sin elevarse

a los principios que dominan esos hechos. Pero, por la importancia que el derecho positivo tiene en la vida real de los pueblos, procuraremos llenar el vacío que el señor Pinheiro ha dejado.

- (2) Un conjunto de hombres que forman una raza aparte, que por su lengua, por su religión y por sus hábitos, tienen más semejanza y más vínculos entre sí que con el resto del género humano, se llama *nación*. La sociedad de los que viven bajo unas mismas leyes y un mismo gobierno en territorio propio se llama *Estado*. Un Estado puede, según esto, comprender diferentes naciones, y una nación puede estar dividida en varios Estados. He aquí el sentido de estas palabras, si se quiere hablar con rigurosa propiedad, aunque en el uso común se emplea la palabra «nación» como sinónimo de «Estado». Por soberanía de un Estado se entiende en derecho de gentes el derecho de gobernarse por leyes y por autoridad propias, y de tratar con otros Estados. Podría llamarse, y con bastante exactitud, derecho de personalidad.

Sean cuales fueren los pactos y las obligaciones que un Estado haya contraído con otros, se ve como soberano, si no ha renunciado el derecho de entenderse y tratar por sí mismo con los demás. Hay Estados que renuncian más o menos este derecho por las relaciones que contraen con otros: se les llama semisoberanos, o Estados de segundo orden. Hercio los llama *quasi-regna*. Sobre el derecho de soberanía de estos Estados, para admitirlos a tratar, suelen suscitarse cuestiones, pero deben resolverse por los tratados mismos en que se cree que lo han renunciado: en caso de duda se respeta la posesión.

El derecho absoluto de soberanía o independencia se funda en las necesidades particulares de una sociedad y en los medios suficientes para satisfacerlas (sección 1ª, nota 3). Por consiguiente, cuando un pueblo, que haya formado con otro un solo cuerpo político, descubra en sí estas necesidades, y cuente con estos medios, ya

bastante desarrollados para realizar un fin aparte; cuando perciba en sí una personalidad perfecta, no como sueñan los niños que son hombres hechos, sino como el joven que toca en la mayoría siente la plenitud de sus fuerzas y de sus facultades, no se puede negar su derecho de emanciparse. La teoría del pacto a que el autor ocurre, y que no puede explicar ningún derecho, ofrece aquí nuevas e irresolubles dificultades. Los recíprocos resarcimientos, al separarse dos pueblos, se fundan también en la justicia natural; porque, como la unión era en beneficio común, ninguno de ellos debe resultar gravemente perjudicado por haber contribuido con el bien del otro.

Pero cuando trata de emanciparse un pueblo, se presenta la cuestión de si se halla en estado de pretenderlo, si es verdadera emancipación y no un delito de rebelión y de perturbación del orden público lo que intenta consumar. Esta cuestión se decide ordinariamente por las armas. Mientras dura la lucha no hay duda de que a cualquiera potencia es lícito favorecer al pueblo insurreccionado, si tiene ella verdadero convencimiento del derecho de éste a la independencia; pero la metrópoli por su parte, verá con razón tal conducta como una grave ofensa y quedará autorizada para tratar como enemigo a quien así la ofende. A nuestro juicio convendría que principalmente los Estados que tienen su población diseminada en territorio muy vasto, y expuesta a influencias extrañas, no olvidasen fijar como principio en todos sus tratados que la nación extranjera nunca auxiliará a los súbditos que pretendan la independencia. Así puede evitarse que se hagan conquistas, previa un acta de emancipación que el otro haga firmar a cuatro hombres perdidos, y que la fuerza extranjera apoye.

Si el pueblo del que hablamos establece su independencia de hecho y se gobierna por una autoridad propia, aunque la metrópoli no lo haya reconocido, a los demás Estados del mundo toca tratar con él como con un Estado soberano; porque ni la metrópoli puede ser juez en su

propia causa, ni los Estados extraños pueden serlo del derecho que tenga tal pueblo a conducirse como soberano. Ellos solo ven el hecho y deben presumir el derecho. Por lo cual, y por no sufrir los perjuicios que el autor indica, las naciones europeas trataron con los Países Bajos, con Portugal y con las repúblicas de la América española, mucho antes de que España hubiese reconocido la independencia de estos Estados. Véanse sobre esto los *principios de derecho internacional* del señor Bello [cap. 1, § 6], y permítasenos, ya que mencionamos a este puro y juicioso escritor, manifestarle nuestra gratitud por sus provechosísimos servicios a la instrucción americana. Para no repetir su nombre en cada nota, recomendamos a nuestros alumnos de una vez la frecuente consulta de esa obra, que tan justa celebridad tiene ya ganada.

Ni los derechos ni las obligaciones de un Estado se alteran, sean cuales fueren los cambios que su situación política experimente; ya se mude el soberano, ya se separen los pueblos que lo forman, ya se una todo él voluntaria o violentamente a otra nación. En el primero de estos dos últimos casos, los derechos y las obligaciones se dividen entre los nuevos Estados; y en el segundo, se reúnen en el nuevo cuerpo político.

El derecho de personalidad o soberanía de una nación exige de las otras: 1.º respeto a su existencia, integridad e incremento; y 2.º todas aquellas consideraciones que, conforme a justicia y al uso general, se guardan a todo Estado soberano.

El derecho de libertad, que como persona jurídica tiene un Estado, y que los tratadistas confunden comúnmente con el anterior, es el de conducirse conforme a sus luces y a sus resoluciones propias, sin perjudicar los derechos de los demás Estados. Por consiguiente, cada Estado tiene el derecho de establecer y mudar la forma de gobierno, de constituir a su soberano y de regirse como tuviere a bien. En nada de esto debe mezclarse ningún poder extraño.

Por lo que mira al soberano, su legitimidad no puede depender de la *coronación* ni del *reconocimiento* extranjero, a no ser que haya título especial. Con todo, la sucesión por herencia a la Corona de un Estado ha sido materia de tratados, unas veces entre el mismo Estado y los extranjeros, otras entre estos solos. Los ejemplos se encuentran en España 1713 y 1714, en Sicilia 1713 y 1720, en Nápoles y Sicilia 1725, en Toscana 1735, en Austria 1748, en Baviera 1779, en Etruria 1801, en España 1808. En la elección de los soberanos de los Estados electivos han influido también más o menos las potencias extranjeras. Así ha sucedido con Polonia, con los Estados del Papa y con el imperio de Alemania. Respecto de los Estados del Papa, hasta hoy tienen Francia y España el derecho de rechazar a un individuo (Kluber, *Droit de gens moderne de l'Europe*, t. 1r., § 48).

Por muy sagrado que sea el derecho de libertad de las naciones, es preciso advertir que, así como los derechos de cada individuo están limitados por los que pertenecen a los demás individuos, los derechos de una nación están también limitados por los de las otras. Por consiguiente, si llegare el caso, extraordinario y rarísimo, de que las medidas que tomase un Estado produjesen daño grave a un derecho de otro, tan atendible o más que el que trata él de consultar, el Estado que se viese en tal riesgo estaría autorizado por el concurso de derechos o *favor de necesidad a intervenir*, esto es, a impedir el ejercicio de la libertad de aquel Estado hasta donde fuese necesario para su propia seguridad. Decimos que este caso es extraordinario y rarísimo, para hacer notar bien que es una excepción del principio general de derecho, y que no se puede convertir en regla, sin ofensa de la justicia y escándalo del género humano.

Por lo que hace al reconocimiento de los soberanos o gobiernos, el autor manifiesta muy bien que se refiere siempre a un hecho. Si así no fuera, caeríamos en el absurdo de admitir a unas naciones como jueces de la legitimidad de los gobiernos de las otras. Pero como hay

alguna diferencia entre percibir la existencia de su gobierno simplemente, y ver además que es generalmente obedecido y que promete una larga permanencia, es muy natural que se distinga con nombres diversos el reconocimiento de la simple existencia, del reconocimiento de la existencia acompañada de estas otras circunstancias.

A más de los derechos absolutos de personalidad y libertad, y de la propiedad de que después se ocupa el autor, hay que considerar en los Estados lo mismo que en los individuos, derechos hipotéticos, que suponen ciertos hechos o circunstancias variables, como un tratado, la guerra, etcétera.

- (3) Se trata aquí de la enajenación de la soberanía sobre un pueblo, en favor de un gobierno extranjero. Ya condenamos este atentado y establecimos el verdadero principio jurídico en la materia (nota 3). Esta cuestión solo podía ser grave para los publicistas que admitían reinos *patrimoniales*. He aquí sin embargo la doctrina de dos célebres escritores que pertenecen a ese número. *Si rex re ips etiam tradere regnum, aut subicere moliatur, quin ei resisti in hoc possit, non dubito... id enim sub imperium comprehensum non est* (Grot. de j., b. et p. lib. 1. cap. 8. § 10). Pufendorff hablando de un pueblo que su soberano haya tenido que ceder para obtener la paz, dice: *Neque illa regio ulla obligatione videtur impediri, quominus si viribus suis confidat, se occupare volenti resistent, at peculiarem deinceps civitatem constituat* (De jure nat. et gent., lib. 8, cap. 5, § 9).
- (4) Ciudadano es, en el lenguaje del derecho de gentes, el súbdito o miembro de un Estado. La ciudadanía se adquiere por nacimiento, por extracción, por domicilio, o por privilegio del soberano, según lo que acerca de todo esto dispongan las leyes del país.

Pero sea lo que fuere de ellas, debe considerarse que la ciudadanía que concedan por nacimiento es un beneficio que supone el libre consentimiento del que lo recibe. Los

nacidos de padres extranjeros transeúntes o comisionados en servicio de su patria, se consideran nacidos en el país de sus padres (L. 19, tit. 3, lib. 1.º Recop.). Así son considerados también los que nacen en la casa de un ministro diplomático, o en el ejército que se halla en país extraño. Sobre los nacidos en el mar hay que advertir que, si nacieron en la parte del mar ocupada por una nación, se tienen por nacidos en ella, a no ser que el nacimiento sea en buque de guerra. Si nacen en alta mar, se tienen por nacidos en la nación a que el buque pertenece.

Por *extracción*, son ciudadanos de un país los hijos de los naturales nacidos en país extranjero. Se supone siempre que consientan en romper los vínculos que los ligan a la tierra de su nacimiento, para pertenecer a la sociedad de sus padres. Mientras sean menores no puede negarse que, hallándose bajo la autoridad de sus padres, son súbditos del soberano de éstos.

Por *domicilio* adquiere la ciudadanía un extranjero, estableciéndose en el país con ánimo declarado, conforme a las leyes, de palabra o por hechos, de permanecer en él. Los que no tienen domicilio fijo, como sucedía con los gitanos, se reputan vagabundos. Sus hijos siguen la misma condición. Sin embargo, se puede considerar —dice Olmeda— como patria de un vagabundo el lugar de su nacimiento, en tanto que no se sepa ha renunciado su domicilio natural o de origen.

Por *privilegio*, en todas las naciones puede el soberano conceder la ciudadanía a un extranjero.

Los ciudadanos, pues, son naturales o adoptivos, que se llaman también naturalizados. Propiamente hablando solo son naturales los nacidos en el territorio del Estado, de padres que gozan de la ciudadanía. Pero los nacidos de tales padres en tierra extranjera y los nacidos de padres extranjeros en el Estado se consideran también naturales y gozan de los mismos derechos que éstos.

Los demás son ciudadanos adoptivos o naturalizados. Los que no son naturales, en el sentido propio de la palabra, no pueden recibir la ciudadanía, como lo hemos notado hablando de la extracción, sino consintiéndolo libremente. Así, cuando la ley declara ciudadanos a los que se casan en el país, a los que compran en él alguna finca, etcétera, debe entenderse que se les concede un beneficio que pueden renunciar. Hay, con todo, pueblos donde se supone que el extranjero que practica alguno de estos actos consiente en hacerse ciudadano, por más que en realidad lo rehúse, pero debe esperarse que desaparezca de una vez esta ciudadanía forzada.

Estos son los modos de adquirir la ciudadanía. Se pierde por la pena de perpetuo destierro, o por expatriación voluntaria. Por más que se dispute sobre este segundo modo de perder la ciudadanía, en el supuesto de que las leyes del país no lo permitan, el hecho es que jamás podrá fundarse en justicia la violencia que emplee la patria para retener bajo su autoridad a un individuo que cree tener razones suficientes para romper los lazos que lo ligaban a ella. Por otra parte, la humanidad y el derecho consuetudinario le aseguran el asilo de las demás naciones, supuesto que la emigración no es delito, y que aunque se viera como tal, nunca podría verse como delito atroz; por consiguiente, su patria natural no puede ejercer sobre él ningún imperio. En Inglaterra se ve como indisoluble la relación que tiene el súbdito con el soberano, En Estados Unidos hay diferentes opiniones sobre la materia, pero la dominante es la que favorece el vigor de la ley inglesa, que el Congreso no ha revocado. En Francia es lícito al ciudadano renunciar a su patria, más nunca servir contra ella. Según Escriche, puede considerarse caduca, por no estar ya en uso, la ley que manda en España que ninguna persona pueda salir del reino con su casa y familia sin licencia del rey, bajo la pena de perder los bienes que dejare.

Contrayéndonos ahora a la entrada de extranjeros en el país, que el autor ve como un derecho perfecto, es preciso reconocer que esta opinión es un extravío en que lo ha hecho incurrir el exceso de su humanidad. Bien extraña es la obligación que pretende imponer a cada soberano de encargarse de vigilar y reformar la conducta de cuanto corrompido advenedizo escoja a la nación para teatro de sus maldades.

«El derecho exclusivo de cada nación sobre su territorio la autorizaría –dice Martens– a cerrar la entrada a los extranjeros, tanto por tierra como por mar; por consiguiente, también a no conceder tránsito ni mansión, sino a los que para ello hubiesen obtenido permiso especial. Si es inicuo rehusarles el tránsito inocente, a la nación pertenece juzgar si es tal el que se pide, y conducirse conforme a su juicio. El extranjero debe respetar esta sanción».

El citado autor añade que hay casos en que puede el extranjero entrar sin permiso, y que son tales los de peligro en el mar, el temor del enemigo, y la posición geográfica. Pero no cree que el extranjero tenga derecho nunca para establecerse en otro Estado, contra la voluntad de éste. «Hace siglos –prosigue– que al antiguo rigor contra los extranjeros ha sucedido un trato más humano. Todas las potencias se conceden hoy recíprocamente en tiempo de paz la libertad de ingreso, tránsito y mansión. Esta libertad se halla confirmada en multitud de tratados, y a falta de ellos, descansa en un uso generalmente reconocido, y en algunos estados sobre sus propias leyes».

«No obstante, esta libertad no destruye de ninguna manera el derecho de cada potencia: 1.º para informarse del nombre y calidad del extranjero que entra, exigiendo la prueba en caso necesario: para ello sirven los pasaportes, a los cuales se presta fe, cuando han sido expedidos por autoridad competente, como los soberanos extranjeros, los departamentos civiles o militares, los ministros,

etcétera; 2.º para prohibir la entrada y hacer salir a los sospechosos; 3.º para exceptuar a clases determinadas de extranjeros de la libertad general».

«En Estados Unidos —dice el señor Pinheiro comentando este pasaje— nadie se cree con derecho de preguntar al extranjero si ha obtenido de su gobierno permiso de emigrar o viajar: nadie averigua lo que pueda haber hecho en otra parte. El extranjero no empieza a existir, sino desde el día en que llega al seno de la Unión, y sin embargo, en ninguna parte del mundo se conocen menos crímenes, ni menos vagos».

Pero en los *elementos de derecho internacional*, publicados como obra póstuma del señor Pando, se dice: «la exageración de este comentario (hablando de todo él) es tan manifiesta, que no requiere observaciones especiales. Ignora, al parecer, el autor la conducta opuesta, que ha empezado a adoptar los mismos Estados Unidos, con respecto a los emigrados que allí abordan; sin duda a consecuencia de los desagradables resultados que ha producido la afluencia de proletarios sin propiedad ni industria, cuando ya las circunstancias del país han cambiado, y no ofrecen tanto como antes un campo ilimitado, para colocar sin inconveniente a todos los que concurren a aquellas playas».

Aunque no salimos por garantes de que esta aserción sea del mismo señor Pando, la referimos con confianza, porque nada hay en el libro de donde la tomamos, que no sea fidelísima copia de algún escritor de nota. Allí están trasuntados, desde el prólogo, Lerminier, Kluber, Pinheiro, Bello, primera edición, y otros célebres escritores cuyas contradictorias doctrinas producen no poca confusión. No negamos que el señor Pando hiciese estos apuntes para ahorrarse el trabajo de revolver muchos libros, cuando en alguna cuestión de la carrera diplomática, que era la suya, se le ofreciese citarlos. Pero que pensase publicar esto y hacerlo pasar como obra original, del modo que se ha hecho después de su muerte, no podemos

creerlo. ¡Qué!, ¿el alma del señor Pando no tenía ni una idea propia sobre esta ciencia? Si tan pobre se hallaba de ideas, ¿no tenía, después de haber ocupado toda su vida en escribir, lenguaje siquiera? Si había perdido el talento y el noble lenguaje que lo distinguieron, como ministro de España y del Perú, y como escritor particular, ¿no conservaba ni el sentido común que bastaba para alcanzar, que las páginas del señor Bello (prescindiendo de las que pertenecen a otros dueños) conocidas donde quiera que se habla la lengua castellana; ¿es decir, en todo el mercado de los *elementos de derecho internacional* que llevan el nombre del señor Pando, no podían tenerse por suyas? Lo repetimos: no podemos creer que se ocurriese nunca al señor Pando publicar tal obra como propia, y las personas que la han dado a luz sin discernir entre los papeles del señor Pando sus propios escritos de las copias, han contraído muy seria responsabilidad. Perdónesenos la digresión en que nos ha extraviado el amor a la reputación de nuestro ilustre compatriota. Volvemos a nuestro asunto.

Dejamos establecido el derecho de los Estados a admitir extranjeros en su territorio, o negarles la entrada. Pero una vez admitidos, su persona, sus bienes y todos sus derechos deben ser garantizados. Este principio es dictado por la justicia natural; y, en el hecho de abrir las puertas a los súbditos de los demás Estados, se contrae con ellos la obligación de respetarlo.

Los extranjeros quedan por lo mismo sujetos a la jurisdicción de las autoridades del país, y ninguna nación puede reclamar de los fallos que se pronunciaren sobre ellos, con arreglo a las leyes establecidas. Este medio solo puede emplearse por los ministros extranjeros, en el caso de que se nieguen al súbdito de su nación los recursos legales, o en el de injusticia manifiesta.

Por consiguiente, la limitación que sufra la libertad del extranjero, las contribuciones que se le exijan y los gravámenes que se le impongan, todo con arreglo a las

leyes, o a las reformas que ellas sufran y se hayan hecho saber a las demás naciones, en nada violan el derecho de gentes, aunque el extranjero goce de menos libertad y sufra más contribuciones y más gravámenes que los nacionales; y aunque esta desigualdad sea una injusticia y un obstáculo a los adelantos de la nación.

Para esclarecer esto es preciso observar que no toda injusticia cometida contra un extranjero viola el derecho de gentes. El derecho que regla la conducta del Estado con los que habitan en su territorio no es el que regla la conducta de los Estados entre sí. Aquel es el derecho público interno o político; este es el derecho de gentes. El derecho de gentes exige que cada nación respete la independencia, la libertad y la propiedad de las otras y que les cumpla lo que sus propias leyes y sus usos, fuera de los pactos, le tengan ofrecido. Se viola el derecho de gentes cuando se ataca alguno de los derechos primitivos de las naciones, o se falta a alguno de estos compromisos, lastimando mayor o menor número de derechos derivados. Cuando a un extranjero no se trata, pues, como se había ofrecido a su nación tratarlo, hay injusticia internacional o infracción del derecho de gentes. El derecho público interno exige que se respeten en cada habitante, ciudadano o extranjero, los tres derechos naturales; esto es, que ninguna persona se atormente, ninguna libertad se encadene, ninguna propiedad se menoscabe, sino cuanto lo haga necesario el derecho de los demás individuos y el de la sociedad. Sobre esto nadie es juez, sino la sociedad misma. Por consiguiente, si la autoridad pública veja, oprime y comete extorsiones contra los extranjeros, conforme a la ley y al uso establecido, los demás Estados no pueden mezclarse en esto, sin violar la independencia o soberanía de la nación en que suceda, la cual es la única que tiene derecho de juzgar hasta donde puede entenderse la acción de la ley y de la autoridad sobre sus súbditos. La injusticia que se cometa no es internacional sino política. La nación a que pertenezca el extranjero ofendido no tiene derecho de quejarse, pero sí lo tiene

éste de defenderse con las armas de la razón y de alegar contra las leyes y los usos inicuos, la santa autoridad de la ley natural; y todo ciudadano tiene la obligación de vituperar la conducta injusta que oprime al extranjero y aleja del país sus capitales, su industria y sus luces.

Injusticia de este género es el llamado derecho de extranjería o *albanajio*, por el cual el Estado sucedía en los bienes que dejaba en el territorio al morir el extranjero; y estaba prohibido a éste adquirir por herencia o legado bienes situados en la nación, aun cuando fuesen propiedad de extranjero. Es también injusticia, aunque no tan cruel como la precedente, el derecho de detracción. Por este derecho el Estado cobra, tanto a los ciudadanos como a los extranjeros, de los bienes que sacan del territorio, una cantidad proporcionada a lo que extraen. Felizmente el *albanajio* ha desaparecido casi del todo y las letras de cambio han hecho ya imposible el cobro del derecho de detracción a los que quieran ocultar los valores que transporten.

Lo que sí está perfectamente de acuerdo con la justicia es la práctica común de que los extranjeros que, conforme a la ley, hayan ganado domicilio, sufran las mismas cargas y presten los mismos servicios que los ciudadanos, excepto el militar en la guerra contra su patria. Los transeúntes están libres de la milicia y de los impuestos, pero no de los que gravan sobre los artículos de uso y consumo.

Por lo que hace a la jurisdicción a que queda sujeto el extranjero, es indudable que no puede ser otra que la del país y que ningún soberano puede exigir que las otras naciones le permitan ejercer sobre sus súbditos, mientras se hallan en él, actos de autoridad. La seguridad de que goza –según este principio– el extranjero que ha delinquido en su país, de que no será penado, ni entregado a su soberano, se llama *asilo*. En los delitos comunes se ve como un acto de inhumanidad la entrega del reo, o *extradición*. En los atroces como el homicidio alevoso,

el incendio, la falsificación de moneda, y otros de igual gravedad y trascendencia, la extradición es conforme a la mayor parte de los tratados y a la costumbre general. Siendo el objeto de la extradición que el delincuente sea juzgado en el lugar donde perpetró el delito, porque allí hay más medios para averiguarlo y allí se necesita el es-carmiento, no está exento de ella ninguno que haya cometido dichos crímenes, aunque sea súbdito de la nación en que se asila.

Ya que en adelante no hemos de volver a tener coyuntura, para ocuparnos de la jurisdicción de los Estados en su más extenso sentido, expondremos aquí brevemente los principios más indispensables: 1.º los bienes están sujetos a la ley del país y no se pueden transmitir sino conforme a ella, pero todos convienen en que la sucesión hereditaria de los muebles debe conformarse a la ley del domicilio; 2.º las solemnidades de los actos que producen obligación son las que determinan la ley del domicilio, además de las necesarias para probar su autenticidad en la nación donde hayan de surtir efecto; 3.º las personas, aun fuera de su patria, están sujetas a las leyes que les imponen deberes para con ella o para con su familia y sus conciudadanos; los actos contrarios a estas leyes se castigan como delitos, o son nulos en la patria, según su naturaleza; 4.º el estado civil y la capacidad de las personas dependen de las leyes de su país, por ellas se resuelven todas las cuestiones relativas al matrimonio; 5.º pero una nación no interviene en que los que se hallan en su territorio cumplan las leyes de otra, que se ven por ella como si no existieran. No por esto puede aprobarse la conducta de los gobiernos o tribunales, que autoricen hechos que se dirijan a violar las leyes de los demás Estados, como contratos de contrabando, etcétera.

Contrayéndonos ahora a la materia sobre la que se ejerce la jurisdicción contenciosa, es una regla universalmente reconocida, como consecuencia de la independencia de las naciones, que los delitos que consistan en

infracciones de la ley del país, cometidas en el territorio por cualquiera persona, deben ser juzgados por los jueces del país. Los delitos perpetrados a bordo de buque extranjero en nuestras aguas o a bordo de buques nuestros en alta mar, aunque sean mercantes, se comprenden en esta regla. «Si en el país se ofende a algún gobierno o soberano extranjero, el gobierno o soberano ofendido puede solicitar como los particulares, el castigo y la reparación. Es conforme al derecho y a la costumbre satisfacer con el castigo del delincuente a la Corte extranjera, si se han publicado libelos contra ella. Mas este castigo no podrá exigirse sino conforme a las leyes del Estado en que se ha cometido el delito» (Schmalz, *Droit de gens*. IV. ch. 3).

En cuanto a los contratos, es también regla general que confieren jurisdicción a los tribunales del país en que se celebran. Pero esta regla se limita según las leyes de cada país. En Francia solo conocen los juzgados de causas de extranjeros transeúntes, sobre contratos con franceses, o por los que hayan contraído obligación de entregar en el territorio francés mercaderías o dinero.

Respecto de los contratos celebrados en país extranjero, es varia la práctica de las naciones. En Inglaterra y en Estados Unidos, todos, aun los extranjeros pueden entablar su acción por deudas que se hayan contraído con ellos y en país extranjero.

Sobre la firmeza y efectos de los actos de jurisdicción de los tribunales de un país, en Estados Unidos de América se han adoptado los siguientes principios: 1.º si un tribunal extranjero se ha arrogado jurisdicción que no le compete, sus sentencias no tienen valor; 2.º la única autoridad a que debe estarse, sobre la competencia que, según las leyes de la nación a que pertenecen haya en los tribunales extranjeros, es el juicio de los mismos tribunales; 3.º las sentencias de adjudicación pronunciadas por tribunales competentes en la materia del juicio dan un título incontrovertible en los países extranjeros;

4.º los tribunales de un soberano no pueden rever los actos ejecutados bajo la autoridad de otro. En Francia se ejecutan sin nuevo juzgamiento las sentencias de los tribunales extranjeros, si las partes son extranjeras, pero si una de ellas es individuo francés, o domiciliado en Francia, tiene derecho para que la causa se ventile de nuevo.

En medio de esta diferencia del uso internacional, lo más conforme al derecho parece, que se atienda a las leyes bajo las cuales se ha contraído la obligación. Si son las del Estado, es conforme a la recta razón que, no conformándose los litigantes con la sentencia extranjera, se examine nuevamente la causa, para ver si se sentenció según el verdadero sentido de nuestras leyes, que nosotros comprendemos mejor que un tribunal extraño. Pero si la obligación contraída depende de las leyes del país cuyos tribunales han sentenciado, no hay por qué admitir nuevas demandas, si no se quiere que el litigante temerario pase de nación en nación burlándose de la justicia y de las leyes universales.

- (5) Que conviene a las naciones conceder libertad de tránsito al comercio extranjero lo demuestra satisfactoriamente el señor Pinheiro. Pero veamos todo lo que conviene tener presente en la práctica. El dominio de un Estado sobre su territorio excluye a todos los demás del uso que pueda traerle daño. Si el uso que se pretende lo perjudica, o es inocente, solo a él toca juzgarlo; supuesto que negarle este derecho sería despojarlo de su soberanía. La libertad de tránsito de las mercaderías y de las personas extranjeras está sujeta a la restricción que este principio trae consigo.

Del mismo principio nacen los derechos que se ejercen sobre el comercio extranjero. Tales son: 1.º *el anclaje* que se cobra a todo buque que anda en el puerto; 2.º *las angarias* o servicio que deben prestar, en caso de guerra al gobierno, los buques que se hallen en sus puertos, pagándoles el flete e indemnizándoles sus perjuicios. El buque

que se negase al transporte de tropa, o artículos de guerra, o que lo estorbase o retardase maliciosamente, se confiscaba, y la tripulación sufre una pena proporcional a su falta. Si el capitán por culpa suya se dirige a un lugar distinto del que se le ha señalado y vende los artículos de guerra que conduce, se le castiga rigurosamente y aun con el último suplicio; 3.º *el embargo civil*, que consiste en detener los buques para que no den aviso al enemigo de algo que convenga ocultar, o para servirse de ellos indemnizándoles sus pérdidas, en caso de necesidad pública.

La *preensión (jus proemtionis)* o detención de las mercaderías para que se prefiera en su venta a los habitantes del país por donde transitan, no está ya en uso. Ni lo está tampoco la *escala forzada*, que era el deber que se imponía a las naves de hacer escala en puntos señalados, para exigirles por ella algún impuesto, o para ejercer la *preension*; ni la *feria o mercado* por la que se obligaba a los comerciantes transeúntes a ofrecer al público en el mercado los artículos que conducían de tránsito, ni en fin el *trasbordo forzado*, cuyo objeto era conseguir en favor de las naves del país las utilidades del flete. Si algunos vestigios quedan de estas violentas opresiones, a que se ha dado el nombre de derechos, no pueden prometerse muy larga duración.

Ya que hablamos de gravámenes del comercio, debemos señalar entre ellos la *cuarentena*, que consiste en detener, a cierta distancia de la costa por cuarenta días o por un tiempo más o menos largo, al buque que se teme pueda comunicar el contagio de alguna enfermedad. Mucho se ha hablado para manifestar que este enorme perjuicio del comercio es absolutamente inútil, y se acumulan hechos contra el temor del contagio. Pero nos abstenemos de emitir ninguna opinión sobre esto, porque conocemos cuánto riesgo hay en juzgar sobre una materia, cuando se parte solo de hechos, careciendo de principios facultativos. Para saber si un buque debe sufrir o no la cuarentena en tiempo de peste sirve el *certificado o fe de sanidad*. Este documento se expide en el puerto de la procedencia

del buque. El certificado se llama *limpio*, si acredita que el puerto estaba libre de enfermedad contagiosa; *sospechoso*, si en él consta que había rumores de peste; *sucio*, si manifiesta que grasaba la peste.

En materia de tránsito, no debe pasarse por alto la siguiente cuestión; ¿un Estado que tenga otro situado entre su territorio y el de las naciones con quienes necesite comunicarse poseerá el derecho de tránsito y habrá obligación de franqueárselo? Hay autores –dice Kluber– que sostienen que en este caso existe una servidumbre pública, que proviene de la situación de los lugares y debe verse como establecida por la naturaleza. Cita a Wolfio, Gunther y Hercio. Pero no asienta que el soberano del territorio por donde se haya de hacer el tránsito pierda entonces el derecho general que tiene de señalar condiciones e imponer gravámenes a los extranjeros que transiten, y lejos de profesar tal opinión, que difícilmente hallará quien la sostenga, afirma que, si en algunos Estados la política, el interés, o la humanidad han hecho que el gobierno no ejerza, con rigor, tales derechos (entre los cuales considera este escritor hasta el albanajo) no por esto pueden exigir los extranjeros (a ninguno exceptúa) este favor como un derecho, a no ser que sea en virtud de una convención, de cuya necesidad no excusa ni la circunstancia de la vecindad, Arrogarse de otro modo el uso del territorio, sería violarlo, y exponerse a ser tratado como ofensor (Kluber, 2^a, tít. 2, § 135 y la nota).

El tránsito de tropas tiene tales inconvenientes, que solo una absoluta necesidad de parte de la potencia que lo solicite, o la carencia de fuerza en la otra para oponerse a él, pueden excusar su concesión. El tránsito de tropas siempre produce daño a los habitantes, fuera de los peligros que puede traer al Estado. A pretexto de tránsito para Portugal, penetró el ejército francés en España, y todos saben cuánta sangre costó a este reino rechazar a los transeúntes, convertidos en conquistadores, y arrancar del trono de sus reyes al hermano de Napoleón.

Es innegable, pues, el derecho que tienen las naciones de negar el tránsito a los ejércitos extranjeros, pero si, por considerarlo inocente o por evitar males mayores, se concede, resultan deberes para el soberano del país y para el extranjero. El primero debe permitir todo aquello, sin lo que el tránsito no podría realizarse. Por consiguiente, no puede oponerse a que pasen armas, municiones y todos los medios necesarios para la guerra, ni a que los jefes ejerzan autoridad amplia sobre sus subalternos, ni a que compren por el justo precio lo necesario para su alimento, a no ser que la nación necesite de ello para sí. Casi es inútil añadir que quien otorga el tránsito debe otorgarlo seguro, se entiende, en cuanto de él dependa.

El que ha solicitado el tránsito debe dar las garantías que se le exijan, para evitar todo abuso de fuerza. Las principales son que el ejército vaya pasando por pequeñas porciones y que no pase armado, suponiendo que no haya que temer en el territorio neutral. Debe tomar medidas suficientes para que el ejército no cause daño a los habitantes, y para remediar los que sufrieren. Debe, en fin, satisfacer la cantidad que se haya estipulado, para franquearle el tránsito y como indemnización de los perjuicios inevitables, si esto se estipuló, como es prudente hacerlo.

Si se niega el tránsito a uno de los beligerantes es preciso negarlo también al otro, y si se concede al uno, el otro tiene derecho de exigirlo por su parte; supuesto que un Estado que se halla en absoluta neutralidad, no puede negar a uno de los contendientes auxilios de guerra, que haya facilitado al otro. De aquí puede resultar que los dos ejércitos enemigos se encuentren y luchen en nuestro territorio, sin embargo, de estar obligados a respetarlo, y esta es una consideración más que debe tenerse presente siempre que se solicite tránsito.

El tránsito de las naves armadas de potencias beligerantes no tiene los inconvenientes que trae consigo el de los ejércitos. Así, generalmente hablando, no se acostumbra

pedir permiso para él. Pero si el soberano del país lo prohíbe, se debe respetar su resolución.

- (6) Vattel distingue la alianza defensiva, en que se ha contraído la obligación de enviar al aliado socorros determinados, de aquella en que se pacta una unión íntima y completa para la guerra, haciendo causa común. Llama a esta última *sociedad de guerra*. Si una alianza –dice después– no se ha celebrado contra mí en particular, ni mientras me preparaba yo manifiestamente a la guerra, o cuando ya la había comenzado, y si los aliados han convenido únicamente en que cada uno de ellos suministre ciertos socorros al que fuere atacado, no puede exigir que falten al tratado solemne, que, sin injuriarme, pudieron indudablemente concluir. Los subsidios que suministran a mi enemigo son deuda que le pagan, y, por consiguiente, a mí no me dan ningún motivo justo de guerra. No puedo decir tampoco que mi seguridad me obliga a atacarlos, porque no haría más con eso que aumentar el número de mis enemigos y atraer sobre mí todas las fuerzas de las naciones aliadas, en lugar del moderado socorro que suministran contra mí. Los auxiliares que ellas envían son, pues, mis únicos enemigos, y los que combaten contra mí (Vattel, L. 3, ch. 6, § 101). Esta es la doctrina que el señor Pinheiro refuta, Añadiremos solo que si hay o no aumento de peligro en considerar como enemigo al aliado, es cuestión que debe resolver la nación a quien interesa; pero sea cual fuere el modo como la resuelva, será cierto siempre que tiene derecho de tratar si puede, como enemigo al aliado de su enemigo, sea cual fuere la alianza.
- (7) Al principio de este artículo debimos haber colocado las nociones indispensables sobre *tratados*. Llenaremos aquí esa omisión.

Se da el nombre de *tratados* a los pactos, cuando quienes los celebran son *Estados* (v. nota 1). No se habla aquí, pues, de los pactos entre un gobierno o un Estado e individuos particulares de otro, los cuales se arreglan por el

derecho interno. Solo podrían ser estos convenios origen de cuestiones internacionales, cuando llegara el caso de que el soberano extranjero debiese proteger los derechos desatendidos de sus súbditos (v. nota 3).

Para la validez de los tratados se requiere: 1.º que sean ajustados por el representante de la nación, 2.º que haya con sentimiento recíproco y libre, 3.º que lo que se pacta sea posible.

Es representante de la nación el gobierno, por sí o por medio de ministros plenipotenciarios. La *santa alianza* se celebró en 1815 por los soberanos en persona, pero rara vez sucede esto porque tanto en los gobiernos absolutos, como en los constitucionales, se acostumbra conferir plenos poderes a un ministro especial para la negociación y redacción del tratado. Los ministros diplomáticos deben, ante todo, canjear y examinar sus *poderes*, pero no están obligados a manifestar sus *instrucciones*. Se disputa sobre si para la validez de un tratado es necesaria la *ratificación*; es decir, la aprobación y confirmación del soberano. Kluber cita una larga serie de tratados, en que no se ha juzgado necesaria la ratificación. Pero es claro que esto depende del modo como haya querido obligarse el soberano. Hoy es de uso general reservársela, y si en todas partes es prudente hacerlo así, en los Estados constitucionales, donde se exige la aprobación del Congreso, es absolutamente necesario. No habiéndose hecho esta reserva expresa, ¿podrá negarse la ratificación? Kluber cree que no. Martens opina que en todo caso, dando una de las partes su ratificación, la otra debe darla también, si no se ha excedido su ministro. Pero otros publicistas, y entre ellos el señor Pinheiro (n. 25, notas a Martens), Bynkershoek y Schamalz piensan lo contrario. Mr. Guizot sostuvo en la Cámara de Diputados la libertad de la ratificación, con motivo del tratado sobre el derecho de visita, firmado en Londres el 20 de diciembre de 1841. Esta diferencia de opiniones manifiesta por sí sola que es libre enteramente

el soberano para dar o negar la ratificación, aunque no se la haya reservado de un modo expreso, supuesto que el principio contrario no está generalmente reconocido. Mas para que nadie vea como vituperable la conducta del soberano que niega la ratificación, debe manifestar que el ministro no ha cumplido sus instrucciones. Canjeadas las ratificaciones del tratado, se considera obligatorio —dice Martens— desde el día de su firma, y no desde su ratificación.

Tienen también fuerza de tratados los convenios celebrados por autoridades subalternas, sin autorización especial. Estos convenios se llaman *esponciones*. La libertad de darles o negarles la ratificación está aquí fuera de disputa. El esponsor no está obligado a más, si declaró su carencia de poder, que a emplear los medios que estuvieren en sus manos para obtener la ratificación. Pero si hizo entender que estaba autorizado, no estándolo, puede la potencia burlada exigir su castigo.

El consentimiento es *libre* cuando no lo ha arrancado la injusta violencia. Los actos de violencia ejercidos en defensa del derecho, y hasta donde el derecho lo permite, no vician el consentimiento. Ni tampoco los que provengan de un tercero, si el Estado con quien se trata no tiene parte en ellos. Fuera de estos casos, la violencia anula el tratado. Pero la *aplicación de este principio* —dice Kluber, de quien tomamos la doctrina que vamos exponiendo— *tendrá siempre grandes dificultades*, porque las hay, en efecto, para demostrar que fuimos violentados. Para que el consentimiento sea recíproco, es necesario que lo que promete cada una de las partes se acepte por la otra. La forma y el tiempo de la aceptación son indiferentes, a no ser que se lijen en el mismo tratado. La aceptación puede hacerse aun antes de la promesa, y es valedera, sino se retracta en tiempo oportuno. Puede consistir en una declaración formal, o en edictos, órdenes, letras, patentes, etcétera, dirigidos en virtud del tratado a los súbditos de una u otra nación.

Lo que se promete en un tratado es *imposible* y lo anula, cuando contradice a las leyes de la naturaleza, de la moral o del derecho. Por consiguiente, desde su origen es vicioso un tratado, para cuyo cumplimiento se carezca absolutamente de medios, bien que si la parte en quien hay esta dificultad la conocía, o si ha sobrevenido por su culpa; mientras la otra la ignoraba y no ha influido en que se presente, debe haber resarcimiento de perjuicios. El mismo vicio produce en los tratados la torpeza del objeto, el daño de un tercero y la lesión enorme de alguna de las potencias contratantes.

Pero los tratados en que concurren todos los requisitos que acabamos de indicar son *inviolables*. Los publicistas usan de la palabra «santidad» para expresar este carácter sagrado de los pactos de las naciones (*sanc-titas pactorum gentium publicorum*). La inviolabilidad o santidad de los tratados es tan demostrable como la de los contratos individuales (sec. 1ª, nota 9, p. 233). La moral internacional, el derecho de los otros Estados, el nuestro mismo —porque nadie tratará con nosotros si somos infieles a lo que prometemos— son tres fuentes de reflexiones vigorosas e irresistibles, que fundan solidísimamente este principio, base de la sociedad entre las naciones.

Los tratados se dividen: 1.º en tratados que producen obligaciones permanentes y tratados que, consumándose en un solo acto, no dejan tales obligaciones. Se les llama convenciones; 2.º tratados preliminares y definitivos; 3.º principales y accesorios; 4.º Personales y reales, según se refieran inmediatamente a los soberanos, o a sus Estados.

Las dos reglas siguientes podrán servir para que se distingan estas dos últimas especies de tratados: 1ª todo tratado se presume real, si no se demuestra lo contrario; 2ª si hay motivos de duda, se presume real, cuando es favorable a las naciones interesadas; y cuando no, personal.

Los tratados toman diferentes nombres según su objeto. Hay tratados de paz, de *amistad*, de *comercio*, de *navegación*, de *límites*, de *alianza*, de *subsidios*, de *neutralidad*, etcétera. Los que se celebran con el Papa sobre asuntos eclesiásticos se llaman *concordatos*.

Los tratados de comercio comprenden dos especies de artículos: unos generales, que muchas veces se reducen a ofrecer que la nación con quien se pacta *será tratada como la más favorecida o como los naturales del país*. Los otros artículos determinan los favores especiales, que se conceden recíprocamente las partes contratantes. A más de esto, comprenden dichos tratados artículos sobre el comercio 1.º en el estado de paz, 2.º en el de guerra, 3.º en el de neutralidad. También se declaran las prerrogativas de los cónsules.

Las alianzas son *defensivas* cuando tienen por objeto unir las fuerzas de dos o más naciones, solo para defender a la que fuere acometida, y *ofensivas*, cuando esta unión de fuerzas se estipula para acometer al enemigo de cualquiera de ellas. Cuando solo se contrae la obligación de prestarse recíprocamente ciertos auxilios para la guerra, el tratado se llama de *subsidios*. Los tratados de *neutralidad* establecen la de los Estados contratantes, o de alguno de ellos en el caso de guerra. No nos detenemos en definir los demás tratados porque su nombre explica bastante el objeto de ellos.

En la división que hemos hecho de los tratados, atendiendo a su naturaleza, dijimos que los había principales y accesorios. Los tratados accesorios, es decir, los que se celebran para asegurar el cumplimiento de otro tratado son: la garantía, la fianza, la prenda y los rehenes. Los otros medios, que con este mismo fin se usaban en la Edad Media, han desaparecido enteramente (v. Kluber, 2. p. tit. 2. sec. 1. ch. 2. § 135). Hoy se califican de ridículos e indecorosos. Pero, conviniendo en que ahora serían insuficientes, no sabemos dónde se halle la ridiculez o la indecencia de actos en que resaltaba el enérgico

poder de la religión ardiente y del delicado honor, que animaba a los pueblos de entonces.

La garantía es un pacto por el que algún Estado se obliga a hacer cumplir a otro lo que éste ha prometido a un tercero por tratado, o lo que por algún título le debe. En el primer caso es pacto accesorio. No es preciso, pues, que la garantía se ofrezca a todas las partes contratantes. Por lo común sucede así, pero puede ofrecerse a algunas o a una sola.

De la naturaleza de este pacto se deduce: 1.º que, para su validez, se requiere el consentimiento del garante y de aquel a quien se ofrece la garantía, pero no el del Estado contra quien se ofrece, aunque es conveniente hacérsela saber; 2.º que el garante debe intervenir, luego de que los derechos garantizados estén amenazados a su juicio, y se invoque su auxilio, mas no antes; 3.º que no puede oponerse a los cambios, o a la anulación que las partes contratantes quieran hacer del tratado; 4.º que si el tratado se altera sin consentimiento del garante, cesa la garantía; 5.º que la garantía está sujeta a las reglas comunes a todos los tratados.

La *caución* es un pacto por el que un Estado se obliga a cumplir lo que otro ha prometido, si llega el caso de que éste falte a ello. No puede haber caución sino tratándose de cosas que un tercero pueda hacer o dar, por ejemplo: una nave. Es más segura –dice Vattel– la caución que la garantía, porque en ella se contrae la obligación de cumplir la promesa, mientras al garante solo toca hacer lo posible para que cumpla la promesa quien la hizo. Pero la multa y la caución ofrecen muchas dificultades para aplicarlas hoy en los contratos entre naciones. Esta juiciosa observación es de Kluber, el cual prescinde de la caución, al tratar de los medios de asegurar la ejecución de los tratados.

Prenda es un pacto en el que una nación entrega a otra algunos bienes muebles o inmuebles para seguridad del tratado. La simple hipoteca, que no da la posesión del objeto empeñado, es poco usada. El que recibe la prenda

no puede ejercer sobre ella más derechos que los que se le han concedido, y está obligado a conservarla. Así: 1.º no son suyos los frutos sino se le han donado expresamente; 2.º no le es lícito alterar el estado en que recibe la prenda. Por consiguiente, si se le entrega una ciudad, no puede alterar sus leyes; 3.º es responsable del deterioro que, por su culpa o falta de cuidado, sufra la prenda; 4.º cumplida la obligación cesa la prenda; 5.º si pasa el término señalado sin cumplirla, el que posee la prenda tiene derecho de apropiársela, a lo menos en la parte que alcance a cubrir lo que se le adeuda. El mismo derecho tiene el acreedor sobre la hipoteca.

Cuando la prenda que se entrega es una o más personas, se llama *rehenes*. Sobre los rehenes no adquiere más derecho un Estado que el de mantenerlos en su poder, mientras se cumple la promesa. Los rehenes: 1.º no deben ser atormentados con más medidas que las indispensables para la seguridad de sus personas. Se acostumbra descansar en su palabra de honor; 2.º si alguno de ellos es príncipe, y llega el caso en que esté llamado a la sucesión a la Corona, se canjea por otra persona de igual importancia, suponiendo que su nación no haya dado motivo de desconfianza sobre el cumplimiento de lo pactado; 3.º la subsistencia de los rehenes es de cuenta de su nación; 4.º sino se cumple la promesa, quedan en calidad de prisioneros.

Aunque una nación no haya celebrado por sí un tratado, suele invitársele a que entre en él como parte o reservársele el derecho de hacerlo. El acto por el que tal nación declara su consentimiento o accede se llama *accesión*. La accesión se hace en el mismo tratado, o en forma de convención separada. En este caso debe haber accesión de la tercera potencia, y aceptación de las potencias contratantes.

Hay casos también en que un tratado comprende a una tercera potencia, sin que ésta haya consentido de ninguna manera. Esto solo puede suceder en lo favorable. Pero está fuera de duda que solo las partes contratantes

tendrán derecho de exigirse recíprocamente el cumplimiento de lo que se hubiesen prometido en favor de un tercero.

Algunas veces una nación declara que no consiente en un tratado celebrado por otras, y que lo desaprueba en guarda de sus derechos. Esto se llama *protesta*. La misma nación que ha celebrado el tratado puede protestar contra él, cuando le falta algún requisito indispensable para su validez. A las protestas se responde con otro escrito, que las refuta y que se llama *contra-protesta*.

Nada diremos acerca de la interpretación de los tratados, porque esto no tiene más reglas que las generales de la hermenéutica y de la lealtad, A fin de evitar las dificultades que nacen de la diferencia de lenguas, se ha deseado siempre una lengua universal para los negocios internacionales. Hasta fines del siglo XVII se usó la latina; hoy es muy general el uso de la francesa.

- (8) Se veía antiguamente como un derecho la facultad de apropiarse el fisco, o los habitantes de la costa los bienes naufragados. Hoy ha recobrado su imperio la ley natural en esta parte y el pretendido derecho de naufragio no se ejerce, sino por retorsión, o contra los piratas y contrabandistas. Los tratados y las leyes lo tienen abolido. Según las nuestras, los restos de una nave naufragada se recogen y depositan, para entregarlos a sus dueños, los ocultadores son castigados como ladrones y se les obliga a restituir (L. 1, tít. 8, lib. 9. Nov.). En lugar del derecho de naufragio, se ha introducido el derecho de salvamento, que consiste en no restituir pasado cierto término, que por lo común es el de un año, cobrando y cierta contribución en el acto en que se restituye.
- (9) Llámase territorio de un Estado la porción de la superficie del globo que se halla bajo su dominio. El territorio comprende no solo la tierra, sino también los ríos, lagos, puertos, mares interiores, algunos estrechos y, hasta cierta distancia, la parte del mar que baña la costa. En

virtud del dominio o propiedad, la nación tiene derecho de excluir a las demás del uso de su territorio y de los bienes situados en él, esto es, de los bienes públicos, de los particulares y aun de los que carecen de dueño, con tal de que formen parte del territorio. Por tratados puede alguna propiedad extranjera que se halle en nuestro suelo, gozar del derecho de exterritorio.

Los modos de adquirir de las naciones no se diferencian de los que el derecho natural reconoce en los individuos: la *ocupación* y la *accesión* para las cosas sin dueño y las convenciones para las que están en dominio. Por consiguiente —dice Kluber—, no está autorizada una nación, por el alto grado de cultura que haya alcanzado, a arrebatar su propiedad a otra nación, aunque sea de salvajes (Gunther's Volkerrecht, II. f. 10). Esto enseñan los escritores alemanes; ¡y los democráticos Estados Unidos están conquistando a México!

Los límites del territorio son naturales, y el territorio se llama entonces *arcifinio*, o artificiales. Los límites naturales son cordilleras, ríos, mares, etcétera, los artificiales son líneas imaginarias que suelen indicarse con algunos signos. El dominio de una nación se extiende a todo lo que ha ocupado antes que otra. Lo que vamos a decir es para el caso en que la ocupación no conste, ni se hayan fijado por tratados las fronteras.

Si dos Estados están divididos por montañas, se tiene por lindero una línea trazada, entre un Estado y otro, por la parte más alta de las montañas.

Si están divididos por un río, he aquí las reglas para la demarcación de límites: 1.º suponiendo que sea poco el caudal, o que por otras causas no pueda servir sin incomodidad a los dos pueblos, pertenece al que primero se estableció a su orilla; porque se presume que se lo ha apropiado; 2.º si hay duda sobre esto, el dominio de cada uno de los pueblos riberanos se extiende hasta la mitad del río. Kluber (§ 133 n. d.) refiere gran número

de tratados, por lo que se ha convenido últimamente en considerar como lindero la línea que siguen los buques, navegando aguas abajo. Lo mismo se observa respecto de los lagos.

La segunda regla resuelve toda cuestión sobre la propiedad de las islas situadas en río o lago, ya estén más próximas a una ribera que a otra, ya estén cortadas por la línea divisoria. Nunca es lícito trabajar a la margen de un río, aunque sea propio, obras que perjudiquen a los derechos de la margen opuesta. En el caso de que un río o lago se incline más a una orilla que a otra, la parte que abandona de su antiguo álveo pertenece al señor del territorio contiguo. Lo mismo sucede con los terreros que se le añadiesen por *aluvión*. Si el río se abre naturalmente cauce por el territorio de uno de los Estados riberanos, pasa a ser propiedad de este Estado y ambos conservarán sus derechos sobre el cauce abandonado. Si el río se divide en brazos y forma islas, éstas pertenecen al antiguo dueño del terreno. Cual sea en estos dos casos —dice Reyneval—, la regla que deba seguirse respecto de la navegación parece imposible determinarlo. Quizá no haya río que sirva de límite, cuya navegación no esté arreglada por tratados.

Otro límite natural hemos dicho que es el mar. Pero no puede ser la orilla, porque el dominio e imperio sobre el mar que baña la costa son indispensables para la seguridad del Estado y del comercio nacional y extranjero. La parte del mar perteneciente a una nación se llama mar *cerrado*; el resto, mar *abierto*. Pero hasta dónde habrán de extenderse este dominio y este imperio. Valin (*Comment. sur. l'ordonn.*, de 1681) quiere que sea hasta donde se encuentre fondo. Reyneval tiene por límite mejor el horizonte. Admitida la primera de estas dos opiniones, resultarían pueblos sin mar territorial, pues hay lugares en que estando los buques a muy corta distancia de tierra, la sonda aún no halla estorbo. En cuanto al horizonte visible, es muy difícil determinarlo con exactitud.

Depende de la altura en que esté situado el observador y del grado de perfección de su vista o del instrumento que emplee. Otros fijan un número mayor o menor de leguas.

El común sentir es que el dominio del Estado se extiende hasta donde alcance el tiro de cañón, desde el punto en que el mar es navegable. Y esta regla tiene un fundamento solidísimo. La razón del dominio es la propia seguridad; debe, pues extenderse hasta donde comience el peligro. Además de que el hecho de la ocupación del mar que se halla bajo nuestros fuegos es incuestionable. Lo es, por consiguiente, que el dominio de él está legítimamente constituido. Lo que no podríamos justificar sería la pretensión de extenderlo más allá. Así piensa Wheaton. «The rule of law, dice, on this subject is: *terrae dominium finitur ubi finitur armorum vis*» (Elem. of intern. law. v. 1, c. 4, S. 7). Así piensa también Bynkershoek: *omnino videtur rectius eo potestatem terrae extendi, quousque tormenta exploduntur* (De dominio maris c. 2.)».

Sin embargo, las islas adyacentes, aun a distancia de diez o veinte leguas, se consideran parte del territorio, por lo que interesa el dominio de ellas a la seguridad del Estado.

Los puertos y los golfos y estrechos que se hallan dentro de los límites de la nación son sin duda suyos. El tránsito por estrechos, por donde se comunican dos mares libres, es libre; pero con sujeción a los gravámenes reconocidos en los tratados, para la seguridad del señor del estrecho e indemnización de sus gastos. Los puertos son *cerrados*, *abiertos* o *francos*. Cerrados son aquellos en que está prohibida, por el soberano territorial, la entrada a las embarcaciones extranjeras, excepto el caso de necesidad; *abiertos*, aquellos en que puede entrar cualquier buque mercante pagando los impuestos establecidos, y *francos*, los puertos en que el comercio extranjero está libre de derechos de aduana y de todo impuesto.

Todo puerto, salvo los destinados a arsenales, se considera abierto para los buques de guerra extranjeros, sino hay convención en contrario. Pero si escuadras numerosas pretenden permanecer en el puerto o entrar en él, y el país ve esto como un peligro para su independencia, tiene derecho de negarse a admitirlas. En los tratados suele fijarse el número de buques de guerra que podrán entrar en el puerto. Por el que se celebró entre Francia y Rusia (11 de enero de 1787) no se admiten más de cinco. Por el de Dinamarca con las dos Sicilias (6 de abril de 1748) solamente tres. Por el de Francia con el mismo Estado (10 de octubre de 1796) cuatro. Si nuestro proyectado congreso diplomático llegara a realizarse, sería este un punto muy digno de su atención. Se podría acordar una regla común, que conciliase la protección que las grandes potencias deben a su comercio, con la seguridad de los Estados del Pacífico. Cada uno de ellos debería procurar en sus tratados particulares que se aceptase por aquellas potencias la regla acordada.

La ocupación o el uso del territorio sin permiso del soberano se llama violación del territorio, y es una de las más graves injurias que puede recibir el Estado. Esto solo es lícito en caso de peligro extremo, pasado el cual deben restituirse inmediatamente las fortalezas o la parte del territorio ajeno, que la propia defensa hubiese hecho necesario ocupar.

Pero así como entre individuos hay servidumbres, las hay también entre las naciones. Se entiende por *servidumbre internacional* la limitación que sufre a favor de un Estado el dominio de otro sobre su territorio. A esta servidumbre se le da el nombre de *pasiva*, para distinguirla de la activa, que es el derecho de la nación, en cuyo favor se reconoce el gravamen, y consiste en usar del territorio ajeno para sacar de él ciertas ventajas, como la pesca, el corte de madera, etcétera. Dos principios se han de tener presentes acerca de esto: 1.º toda servidumbre es de estricta interpretación, de modo que

no se puede extender a más de aquello en que está claramente reconocida; 2.º las dudas deben resolverse en favor del soberano del país.

- (10) Materia de largas disputas ha sido la libertad del mar, es decir, de la alta mar. Portugal, España, Holanda e Inglaterra han pretendido el dominio exclusivo sobre ciertos mares. Las dos obras más célebres escritas acerca de esto son el *Mare liberum* de Grocio y el *Mare clausum* de Seldem. Grocio se propuso demostrar la injusticia de los portugueses, que, por haber descubierto el cabo de Buena Esperanza, querían excluir a las demás naciones de los mares de la costa de África y del mar de las Indias. Su objeto principal era defender el derecho de Holanda al comercio en esta parte del mundo. Para esto partió de principios universales y fundó la absoluta libertad del mar, respecto de todas las naciones. Seldem conviene con Grocio en que era injusta la pretensión del rey de Portugal, pero solamente porque el dominio que quería sostener no había sido legítimamente adquirido. Por lo demás, sostiene que el mar es apropiable y concluye con estas palabras: «Los límites del Imperio británico, que es un imperio marítimo, son al Sud y al Este los puertos y las costas de los estados vecinos. Pero en el océano septentrional y occidental sus límites están todavía por fijarse».

La doctrina de Grocio, fundada en los invariables principios de lo justo, es la regla de las naciones. Su libro ha triunfado y con razón, porque el mar no puede ser objeto de dominio. Por diferentes que sean los sistemas sobre la propiedad y su origen, nadie negará que para que se individualice en un objeto el derecho general de propiedad, esto es, el derecho de usar y excluir a los demás del uso de las cosas que necesitamos, para que se constituya el dominio sobre cosas determinadas se requiere posesión, por la que todos entienden «un estado, en el que no solo se puede ejercer físicamente sobre la cosa una acción personal, sino alejar de ella la acción de otro. Así, el

barquero posee su barca, mas no el agua en que navega, aunque una y otra le sirven. Toda posesión descansa en la íntima convicción y en la realidad de un poder casi ilimitado sobre la cosa» (Savigny, Trat, de la pos. §§ .1 y 18). Para gozar de tal poder es indispensable la ocupación. ¿Y quién ocupará el mar? ¿Qué nación tendrá bastantes medios de dominarlo y excluir de él a las demás?

Pero supongamos, lo que no hay riesgo de que acontezca, que los poderosos Estados marítimos formaran una liga contra los débiles y emplearan todos sus caudales en escuadras numerosas, que a costa de su ruina, persiguieran en todos los mares a las embarcaciones que no fuesen suyas. Cuando esto llegase a durar algunas horas, esas no serían horas de dominio, sino horas de iniquidad. El dominio requiere, además de la condición de ocupar, una razón jurídica que justifique la ocupación. Esa razón consiste en nuestra necesidad, siempre que no se ofenda el derecho de otro. ¿Y qué verdadera necesidad tiene pueblo alguno, para cuya satisfacción sea indispensable la posesión del mar? El mar es como el aire. Todos usan de él sin estorbarse, ni menoscabarlo. Es —como dice Bentham— «un camino móvil que se repara por sí mismo». Ninguna nación tiene, pues, necesidad de apropiárselo. Mientras todas tienen necesidad y derecho de atravesarlo, porque todas tienen necesidad y derecho de comunicarse entre sí. Por consiguiente, si alguna o algunas quisieran excluir a las otras del agua que Dios ha destinado al uso común, su locura sería un crimen contra el género humano.

En esta concluyente demostración, fundada en la imposibilidad de ocupar el mar y en que su ocupación, aunque fuera posible, sería una inexcusable injusticia, no hemos hecho más que desenvolver un pensamiento de Grocio. Hay cosas —dice— que no pueden ser propiedad particular, y continúa: *Hujus generis est aer, duplici ratione, tum quia occupari non potest, tum quia usum promiscuum hominibus debet. Et eisdem de causis commune est omnium maris elementum.* c. 5.

El *imperio* que se ha querido sustituir al dominio del mar no es menos manifiesta sin razón. Cada Estado es independiente y libre. Nadie puede, pues, ejercer imperio sobre los actos que practique en su territorio, o en un territorio común como el mar. La vigilancia que una nación ejerza sobre naves extrañas no puede tener más título que los tratados, o la propia conservación.

- (11) Antes de hablar de la guerra, recurso último de las naciones para alcanzar justicia, exponremos los medios pacíficos que suelen evitarla y tiene reconocido el derecho de gentes. Estos medios son: 1.º *la imaginable composición de las naciones que la disputan*, 2.º *los buenos oficios*, 3.º *la mediación*, 4.º *el arbitramiento*.

La *imaginable composición* es un medio de terminar las desavenencias internacionales, cediendo algo del derecho que se tiene o se alega tener. Cuando uno solo de los Estados desavenidos hace este sacrificio, hay *condonación gratuita*. Cuando lo hacen los dos, el convenio se llama con propiedad *transacción*.

Buenos oficios son las reflexiones y los consejos que una potencia amiga dirige a las que tienen entre sí algunas diferencias, para traerlas a acomodamiento. Se prestan o espontáneamente, o a petición de una o ambas partes, o en virtud de promesa anterior. En el primero de estos tres casos pueden rehusarse.

Mediación es el consejo y ayuda que una tercera potencia presta a las que se hallan negociando un tratado, para afianzar la paz. La mediación puede ofrecerse, como los buenos oficios, espontáneamente o a petición de los interesados, pero supone el consentimiento de ellos. El mediador concurre por lo común a las *conferencias* para desempeñar en ellas su cargo. No debe confundirse la mediación con los buenos oficios. Éstos se prestan para reducir a las partes a que entren en la vía de la negociación y terminan luego que ella principia. La mediación dura mientras se negocia el tratado y no termina sino con la celebración de éste.

Arbitramiento es el modo de terminar las disputas entre naciones por el fallo de una tercera potencia, a cuyo juicio se someten libremente. Para saber si se puede apelar del juicio de un árbitro al de otro; y si hay derecho en el árbitro de hacer ejecutar su sentencia o *laudo*, es preciso atender a los términos del *compromiso*. En él se han de determinar claramente los derechos sobre los que rueda la disputa; se han de distinguir los que cada nación ve como incuestionables, de los que somete al arbitraje y se han de fijar las facultades que se quieran conceder al árbitro. Pero sean cuales fueren los términos en que esté concebido aquel documento, si no se prueba que el árbitro se ha desviado de él o ha obrado con parcialidad, el laudo debe cumplirse.

Cuando no se pueden emplear o se emplean en vano estos medios de salvar los derechos de las naciones en el seno de la paz y sin causarse daños, se suele recurrir a otros, que, aunque no constituyen el estado de guerra, se acercan a él más o menos. Pueden comprenderse bajo los nombres de *retorsión* y *represalias*. La *retorsión*, o *retorsión de derecho*, consiste en establecer un estado respecto de otro la misma odiosa regla de conducta que éste observa con él: es un acto de soberanía o imperio. Las *represalias* en apoderarse de propiedades o personas del Estado ofensa: es acto de fuerza. Cuando los bienes tomados se retienen hasta obtener satisfacción, lo que en rigor hay es *embargo*. El acto de *represalias* se consuma cuando se adjudican al Estado, o al súbdito que sufrió el daño que se trata de reparar. Si se ha aprehendido personas, deben ser tratadas con la misma consideración que los rehenes. Admitir el *talión* sería reconocer como principio el absurdo de que es lícito violar el derecho de gentes natural, solo porque otro lo ha violado.

Las *represalias* han de ser ordenadas por el soberano. Pero si a un súbdito se le ha arrebatado su propiedad por alguno de otra nación, y ésta se niega a hacerle justicia, el ofendido puede recibir de su gobierno autorización para

tomar por sí bienes de ciudadanos de la nación injusta, que equivalgan a lo que se le quitó. El documento que contiene la autorización se llama *letras de represalia*. Favard solo presenta tres casos en que el gobierno francés las haya concedido. «En el actual estado de la civilización europea es de creerse —añade— que los gobiernos se entenderán entre sí en medio de la paz, y harán que sus súbditos restituyan lo que pertenezca al extranjero, para no exponer por intereses privados, pueblos enteros a la terrible calamidad de la guerra».

El último medio que las naciones tienen de defender sus derechos es esta calamidad, cuyo nombre estremece. «La guerra —dice después de recorrer la historia M. Lermnier (*Philos. du Droit*)— es natural y social. Cuando es justamente agresiva desenvuelve la civilización del mundo, este es su aspecto positivo, indestructible. Su raíz está en la naturaleza humana, que como libre tiene el derecho de combatir para permanecer libre y como inteligente tiene el derecho de convertir y conquistar lo que le es inferior, es la persuasión armada». En ninguna parte se podrán apreciar mejor que en América los beneficios de la antigua guerra de civilización que hicieron nuestros padres. La conquista de estas vastas regiones trajo a ellas el cristianismo y todas las artes de los pueblos cultos; nos amalgamó con los antiguos moradores y formó la multitud de Estados que hoy encierran las esperanzas y el secreto del porvenir del mundo. Con todo, no podemos admitir la guerra como un medio ordinario de desenvolver la civilización en los pueblos ya civilizados. Lo que desenvuelve, de cierto, es el egoísmo, el instinto de la propia defensa y de la ajena destrucción. Tales sentimientos no elevan a los pueblos en la escala de la civilización, aunque triunfen; y si se les vence, conforme al deseo de M. Lermnier, el sopor del vencido no es tampoco ascender, sino descender tristemente.

Si los pueblos cuya inteligencia está más desenvuelta tienen el derecho de conquistar a los que le son inferiores,

y si la sociedad de las naciones siempre se ha de formar, como la de los individuos, de superiores e inferiores, ¿cuándo habrá paz en el mundo para recoger los frutos de civilización que promete M. Lerminier?

Aun respecto de los pueblos salvajes, será hoy muy raro el caso en que sean insuficientes los recursos del comercio y se haga necesario ocurrir a las armas para auxiliar su civilización.

«En vano M. Lerminier intenta demostrar por la historia, dice M. Roussel (*Enciclop. du Droit*) que la guerra es el derecho del hombre y de la humanidad; cuanto nos rodea atestigua que el hombre ha sido hecho para marchar por camino diverso del de la destrucción. Si la guerra ha podido servir, según las miras de la Providencia, a desenvolver ciertas instituciones o abrir ciertas comunicaciones útiles, hoy para alcanzar el mismo fin deben emplearse otros medios. La guerra es la civilización salvaje. Conviene que haya una autoridad moral, en derecho de gentes que preserve al género humano en adelante de tales infortunios, o que los haya raros, por lo menos».

Mientras las naciones llegan a descubrir el modo de establecer esta autoridad, salvadora de su reposo y de su sangre; mientras la sociedad de las naciones llega a organizarse, con las naturales diferencias, como está organizada la sociedad de los individuos, en el supuesto de que esto esté en los planes de la providencia, ya que está en los deseos del corazón y en la perfección ideal que la razón busca sin descanso, la guerra es un derecho, Quien no aguarda protección de ninguna parte cuando es acometido y posee fuerza para defenderse, tiene derecho de emplearla para repeler la injuria. *Justum es bellum quibus es necessarium, et pia arma quibus nulla nisi in armis relinquitur spes* (Tit. Lib., 1.9. c. 10). La guerra viene a ser el derecho que goza un pueblo de usar la fuerza como el último de los medios con que cuenta para defender sus derechos,

Después de haber procurado remediar un descuido común de los tratadistas con esta definición del *derecho de guerra*, con viene definir el estado en que se colocan los pueblos que lo ponen en ejercicio: el *estado de guerra*. Aunque lo que el señor Pinheiro define aquí no es el estado sino el arte de la guerra, bien se advierte que entiende por estado de guerra el empleo de la fuerza para impedir la acción de las fuerzas enemigas. Pero hemos visto, poco ha, que el derecho de gentes admite varios modos de emplear la fuerza, con el fin de impedir que se emplee con nosotros injustamente, los cuales no constituyen, sin embargo, el *estado de guerra*.

Por esto, y porque el resultado incierto de la guerra no siempre es el reconocimiento del derecho que se defiende, el señor Bello, después de decir: «Guerra es la vindicación de nuestros derechos por la fuerza», creyó necesario añadir: «Dos naciones se hallan en estado de guerra, cuando, a consecuencia del empleo de la fuerza, se interrumpen sus relaciones de amistad». Y así evita el que la guerra se confunda con los actos pasajeros que llama de *talion*.

El señor Pinheiro refuta con bastante razón y de un modo triunfante la definición común: «Guerra es el empleo de la fuerza para destruir la del enemigo». No es menos fundada la refutación que hace en sus notas a Martens de la que presenta este escritor: «Guerra es un estado permanente de violencias indefinidas». Es cierto —dice el señor Pinheiro— que mientras dura la guerra se comete entre las naciones una infinidad de violencias, y es cierto también que nadie puede predecir el término de ellas: ¿mas esto es lo que constituye la guerra? ¿Se pueden deducir de tal definición los derechos y deberes de las naciones en tiempo de guerra?

Muy lejos de lisonjearnos con la idea de presentar una definición sin defecto, y cediendo a la necesidad de establecer alguna que, exenta de los que descubrimos en las precedentes, reúna los diferentes rayos de luz que hay en

ellas dispersos, llamaremos estado de guerra: *el empleo constante de la fuerza o el ánimo constante, suficientemente manifestado, de emplearla con el fin de vindicar nuestros derechos, conforme a la ley internacional*. Decimos que el estado de guerra: 1.º consiste no solo en el actual *empleo de la fuerza*, sino también en el ánimo de emplearla, porque, aunque la acción de la fuerza se interrumpa, nadie dirá que la paz se ha restablecido entre los beligerantes, mientras su declarada disposición a la lucha subsista; 2.º que el ánimo de usar de la fuerza ha de ser constante, para huir del defecto de las definiciones que confunden el estado de guerra, que es permanente, con cualquier acto pasajero de fuerza; y aquí aprovechamos la idea importante que contiene la definición de Martens; 3.º que el fin es –como dice Vattel– *vindicar nuestros derechos*, porque de otro modo la guerra no sería justa. Por la misma razón añadimos: 4.º *conforme a la ley internacional*, pues por justa que la guerra fuera, atendido su fin, degeneraría en injusticia, si la fuerza se usara de modo que violase los principios de derecho reconocido por las naciones. Este es el pensamiento que ha inspirado su definición al señor Pinheiro, si bien al exponerlo confunde –según su costumbre– la justicia con la utilidad.

Como el fin de la guerra es la *vindicación del derecho*, solo puede justificarla la necesidad de usar de la fuerza para alcanzar reparación de una injuria recibida, o para repeler la que se nos trata de inferir. Ha de haber verdadera necesidad de emplear la fuerza, porque siendo sagradas las personas, no es lícito poner en uso este medio, sino cuando no queda ya otro de salvar nuestros derechos. La injuria puede consistir en violación de un derecho absoluto, o de los derechos derivados que nacen de pacto expreso o de costumbre (nota 1). Las razones en que se funda la justicia de la guerra se llaman razones justificativas. El documento en que se alegan se llama manifiesto y la contestación a éste, *contramanifiesto*.

A más de las razones justificativas, sin las que la guerra sería un gran crimen, suelen tener las naciones otras causas de conveniencia propia, que las estimulan secretamente a ocurrir a las armas; Grocio las llama *motivos*.

Se considera también en la guerra, suponiendo siempre su *justicia*, la *legitimidad*, y para calificarla de *legítima* se exigen ciertas formalidades. 1.º Se ha de hacer por disposición de aquel poder público, a quien la Constitución haya reservado esta facultad, que es el que únicamente tiene el derecho de proveer a la defensa y seguridad del Estado. Si las autoridades subalternas se ven precisadas a hacer uso de la fuerza contra los extranjeros en defensa del buque, o del lugar cuya custodia les está encomendada, cumplirán su deber en la defensa que hicieren; pero eso, sin la resolución expresa del soberano, no constituye estado de guerra entre las dos naciones; 2.º ha de preceder la exposición del derecho y demanda de satisfacción por la injuria que se nos haya inferido, o declaración de que miraremos ciertos actos del otro Estado como hostiles; 3.º sobre la *declaración* formal de la guerra están los tratadistas divididos. Algunos la consideran como condición necesaria para la legitimidad. Otros creen que la guerra es legítima sin ella y que la observancia de la condición 2a basta para que la nación que comienza las hostilidades se libre de la nota de sorpresa. Esta última opinión, porque se decide el texto, es conforme a la práctica actual. Binkershok dice: *Potest bellum incipere ab indictione, at etiam potest a vi mutua... Attamen majoris animi principes populique, ut vi manifesta honestius et gloriosius vindicant, bella nisi indita, non facile gerunt* (Quaest juris. pub., lib. 1, cap. 2).

Declarada o no formalmente la guerra, las obligaciones de los neutrales comienzan desde que tienen conocimiento cierto del estado de guerra. Dividen la guerra en *ofensiva* y *defensiva*, convirtiendo estas palabras en

sinónimos de justa e injusta. Pero como sería herir la soberanía de los Estados pretender fallar sobre cuál de los beligerantes tiene de su parte la justicia, no llamaremos guerra ofensiva sino a la que hace un Estado que lleva las hostilidades a otro, y defensiva la que hace el que repele el ataque. Sea cual fuere el agresor y tenga quien tuviere la justicia, la guerra, con las formalidades que hemos indicado, debe verse por las demás naciones como justa por ambas partes, y da a ambas iguales derechos mientras dura.

La guerra puede ser internacional o civil. La primera es de Estados; la segunda es la que se entabla entre los ciudadanos de un mismo país, para mudar las personas o la forma de gobierno. Si el partido insurgente se hace numeroso, establece una autoridad soberana y presenta la forma de sociedad organizada, el gobierno contra quien se hayan levantado, y los extranjeros neutrales deben observar respecto de ellos las obligaciones que impone la guerra internacional. Si el gobierno se empeñara en castigarlos como rebeldes, los actos de ferocidad se multiplicarían de una y otra parte inútilmente.

Los bandidos, esto es, los criminales que se arman contra la autoridad pública, y los piratas no se hallan en este caso. El orden de la sociedad humana se interesa en que se les pene conforme a las leyes.

Una vez constituido el estado de guerra internacional, por la declaración o por haber dado principio a las hostilidades, todos los súbditos de un Estado se ven como enemigos del otro y sus propiedades como bienes del enemigo que es lícito apropiarse. Este principio se observa por desgracia, generalmente en el mar con todo rigor.

El soberano tiene el derecho de llamar a aquellos ciudadanos que se hallan en territorio enemigo o extranjero, y de quienes la patria necesita para su defensa, bajo las penas que la ley señale, salvo que quieran ellos renunciar la

ciudadanía (nota 4). Tiene también indispensablemente el derecho de prohibir el comercio y toda comunicación con el enemigo.

De tal modo se tiene por interrumpido este comercio y comunicación en el estado de guerra, que durante él se suspende el cumplimiento de todo contrato anterior, o se da este por terminado, si la suspensión no es posible, como sucede con las compañías de comercio; y son nullos los que de nuevo se celebran sino es con el permiso del soberano. La circunstancia de hacerse el comercio entre los súbditos de las potencias enemigas, por medio de agentes neutrales, no lo convierte en lícito ni lo libera de la confiscación.

Los ciudadanos mismos no pueden, bajo la pena de confiscación, llevar sus propiedades del Estado enemigo, a no ser que obtengan para ello permiso expreso. Por lo común se excusa de la pena el que prueba que hizo el embarque, en buque de su nación o neutral antes de que comenzase la guerra y que si las mercaderías permanecieron en aguas enemigas, fue a pesar de su voluntad y de su diligencia para partir. En Inglaterra y en Estados Unidos no se admite esta excepción como legítima.

Mas como la prohibición de toda comunicación viene a redundar en daño de ambas partes, suele permitirse, dice Martens: 1.º los correos en general, o por rutas determinadas; 2.º se permite también, expresa o tácitamente, el comercio de mercaderías señaladas, o de todas las que no sirven en especial para la guerra, y esto generalmente, o en ciertos puertos. Mas en ninguna parte se tolera hoy el seguro por cuenta del enemigo. Si en la guerra hay aliados, el permiso de comercio se ha de conceder por todos los aliados de común acuerdo, para que quede libre de la confiscación que los beligerantes tienen derecho de ejercer.

Por lo que mira a los súbditos y las propiedades de la potencia enemiga, que se hallan en la nación al declararse

la guerra, se disputa sobre si será lícito apoderarse de unos y otras. Nosotros creemos necesario distinguir, entre los súbditos, que por su profesión han de servir a su gobierno en la guerra, y los que viven dedicados a ocupaciones pacíficas entre las propiedades del Estado enemigo y las propiedades particulares. Las personas que han de servir en la guerra contra nosotros y las propiedades del Estado, que le han de servir también de auxilio, sin duda pueden ser aprendidas. Nada hay que se oponga a que se considere esto como el primer acto de hostilidad, y de una hostilidad conforme al derecho de guerra. Pero la aprehensión de los particulares y la confiscación de sus bienes, siendo así que los individuos y los bienes han entrado en el país bajo la garantía de la ley, y que el daño que sufran nada ha de influir en el éxito de la guerra, no se puede dejar de ver como una inútil violación del derecho. Desgraciadamente no es conforme a esta teoría la conducta de las naciones. Lo contrario se ha establecido en Inglaterra y en Estados Unidos, donde es doctrina corriente el derecho de retener a cualesquiera súbditos y confiscar cualesquiera propiedades de la potencia enemiga, que se hallen en el territorio al romperse las hostilidades, lo cual se llama *embargo bélico*. Para evitar los enormes perjuicios que trae consigo tal conducta, se estipula siempre en los modernos tratados de comercio que los bienes que se hallen en el territorio al romperse las hostilidades y los que entren en él, sin noticia del rompimiento, no estarán sujetos a embargo, sino que se podrán transportar libremente dentro de cierto término.

- (12) De la idea que hemos dado del *Derecho de hacer la guerra y del estado de guerra*, se deduce que se ejercen las hostilidades legítimamente sobre todo lo que constituye la fuerza que opone el enemigo. Por consiguiente, 1.º sobre el ejército y armada del enemigo y sobre todos los medios materiales que le sirven en la guerra; 2.º sobre los aliados que lo ayudan con sus fuerzas (nota 6). Mas los ciudadanos pacíficos, aunque son considerados en

general por el derecho positivo como enemigos, no están expuestos a todas las hostilidades que se ejercen sobre los ciudadanos armados. Tampoco lo está el monarca o jefe del Estado, porque, considerándose la guerra como de nación a nación, no altera los sentimientos ni las atenciones personales que debe haber entre los soberanos. Así, se considera vedado dirigir los tiros al monarca o jefe de la nación y a los príncipes; nunca se detiene a su familia, se deja pasar libremente todo lo que le sirve a su mesa; en fin, se suavizan respecto de su persona todos los males de la guerra, y aun se le hacen presentes.

Casi agota la materia de hostilidades el texto, en los breves renglones que le consagra, pero no nos parece inútil lo que vamos a añadir. La hostilidad que primero llama la atención, por el horror que inspira, es la muerte del enemigo. No podemos decir, hablando con propiedad, que haya *derecho* de matarlo, porque, en tal caso, se supondría en el enemigo *obligación* de dejarse matar. Pero es *lícito* matarlo cuando dirige sus armas contra nosotros. Tenemos el derecho de emplear la fuerza para vindicar nuestros derechos, y el Estado ofensor contra quien nos dirigimos está obligado a hacernos justicia reparando la injuria. Si en vez de cumplir esta obligación natural, dirige su fuerza contra nosotros y amenaza nuestras vidas, nos es lícito salvarlas matando al agresor, en el supuesto de que no haya, como en efecto no hay en las batallas, otro medio.

La objeción que podría oponerse es que, colocándonos voluntariamente en aquel conflicto, se nos deben imputar sus resultados. Pero recuérdese que hemos supuesto que la guerra no se ha de emplear, sino como el último recurso para repeler la injuria y que nos colocamos en el conflicto con derecho. Supongamos un padre de familia cuya casa es atacada por ladrones nocturnos, cuando la fuerza pública no puede auxiliarlo. Como él no sabe hasta dónde llevarán los facinerosos la violencia, después de quebrantar sus puertas, tiene el derecho de

armarse e intimarles que suspendan ese primer atentado, colocándose así voluntariamente en el conflicto de matar, para salvarse y salvar a su familia de todos los males que teme con razón. Esto mismo sucede con los Estados. Si soportan el primer ataque a un verdadero derecho, no puede preverse hasta dónde llegarán las injurias del Estado ofensor, y aun las de los otros, alentados con el sufrimiento. Solo nos autoriza, según esto, a dar la muerte la necesidad de salvar nuestra vida. Por consiguiente, no es lícito matar, ni a los habitantes pacíficos ni al enemigo armado estando ya rendido.

Otra hostilidad acostumbrada es la de hacer prisioneros para disminuir las fuerzas del enemigo y tener en nuestro poder rehenes, a fin de obligarlo a entrar en las vías de la justicia. Así, no se toma prisioneros, por lo común, sino a los militares.

Se ve generalmente como acción ruin la de privarles de su propiedad. Que no es lícito esclavizarlos, ya lo dejamos demostrado en derecho natural. Pero se pueden tomar medidas para la seguridad de sus personas, sin hacerles sufrir tormentos inútiles. A los oficiales se acostumbra dejarlos en libertad, empeñando su palabra de honor de que no saldrán del lugar que se les determine, y, bajo la misma garantía, suele permitírseles volver a su patria, ofreciendo no tomar las armas, mientras dure la guerra. El prisionero adquiere la libertad por este medio; la adquiere también por fuga, cuando no ha empeñado su palabra de honor; por rescate y por canje. El rescate, que consiste en dar el soberano cierta cantidad de dinero por el recobro de la libertad de sus súbditos, casi no está en uso. El canje se usa comúnmente, y por este medio se recobran, previa convención, ciertos prisioneros entregando otros.

Otra hostilidad es la aprehensión de las propiedades del enemigo. Y es lícito destruirlas: 1.º cuando son útiles para la guerra, y sin destruirlas no se puede privar de ellas al enemigo; 2.º cuando la destrucción es necesaria

para las operaciones militares; 3.º cuando la destrucción sirve para privar de la subsistencia al enemigo e impedirle así que avance a ciertos lugares, u obligarle a que abandone el que ocupa. Martens añade el caso de represalias, pero –ya lo hemos indicado– un crimen no autoriza otro crimen.

El saqueo es barbaridad que no está ya en uso. En su lugar se impone una contribución a los que poseen bienes en el país.

La aprehensión de bienes muebles está limitada a los que toma el soldado en el campo de batalla, o en descubiertas y correrías: se llama botín; y la aprehensión del territorio perteneciente al enemigo, *conquista*.

- (13) Los Estados que no toman parte en la guerra, a favor ni contra de ninguno de los beligerantes, se llaman neutrales. Muy claro es que el derecho de soberanía o personalidad de que goza cada Estado envuelve el de permanecer neutral en las desavenencias de los otros, siempre que no haya pacto en contrario.

La neutralidad puede ser *voluntaria* en virtud de este derecho, y entonces la conducta de los neutros se arregla a los principios generales del derecho de gentes, o *convencional*, y en este caso la regla se halla en las cláusulas del tratado. El tratado puede celebrarse antes de la guerra, o durante ella, con los beligerantes, o con una tercera potencia.

La neutralidad, sea cual fuere su origen, se divide en: 1.º *completa y limitada*. Aquella es la de los Estados que no favorecen más a uno de los beligerantes que a otro. Esta es la que observa el Estado que, por obligación anterior, suministra socorros determinados a uno de los beligerantes (Sec. 2ª, n. 6); 2.º *En general y particular*. Neutralidad general es aquella en que los deberes y derechos que trae consigo se extienden a todo el territorio del Estado, y particular la que los limita a una parte del territorio.

El señor Pinheiro presenta dos principios que comprenden, el uno todos los derechos y el otro todos los deberes de los neutrales, y que brotan naturalmente de las ideas de guerra y neutralidad. Del primero se deduce: 1.º que las personas y bienes de los neutrales deben ser inviolablemente respetados; 2.º que su comercio, mientras sea inocente, debe gozar de entera libertad; 3.º que no es lícito emplear las personas, los bienes ni el territorio neutral para cometer hostilidades contra el enemigo.

Decimos que debe gozar de libertad el comercio de los neutros, mientras sea inocente. Pero no es comercio inocente el de artículos que sirven para la guerra, como armas, municiones, pólvora, etcétera; porque la venta de estos objetos a uno de los beligerantes es un auxilio que se le presta y una verdadera hostilidad que se comete contra el otro, Estas mercaderías se llaman *contrabando de guerra*. El beligerante contra quien han de servir tiene el derecho de confiscarlas, si son de particulares, y si son del Estado neutral, tiene además el de considerar a éste como enemigo.

Tampoco se ve como inocente el comercio neutral por un puerto bloqueado. Llámase *bloqueo* de un puerto o de un lugar la ocupación de su entrada con buques o con tropas suficientes para impedir la comunicación del enemigo. Esta hostilidad se inutilizaría si no se respetara la prohibición del comercio de los neutrales: la cual no puede verse como injusta, porque el derecho de la libertad de comercio que tienen éstos está limitado por el derecho de cada beligerante de hostilizar a su enemigo.

Pero no quebranta la neutralidad la concesión de tránsito por el territorio neutro. Y no decimos esto porque —como re flexionan algunos tratadistas— el dominio del neutral sobre su territorio lo autorice a prestar su uso a quien quiera, o como quiera, pues conceder el tránsito es hacer servir el territorio como auxilio para las hostilidades, lo cual dejamos ya establecido que no es lícito a los

neutrales. La verdadera razón porque la concesión del tránsito a las tropas de uno de los beligerantes no viola la neutralidad, nace del derecho que el neutral tiene de no involucrarse en la guerra. Como impedir el tránsito al ejército, que lo considera indispensable para las operaciones de la guerra, es las más veces ponerse en necesidad de emplear la fuerza; y siempre en la de sufrir las consecuencias de la mala voluntad que debe inspirar a aquel beligerante la negación del favor que pretendía, es preciso reconocer en el neutral el derecho de evitar estos males concediendo el tránsito. Los principios a que debe arreglarse la conducta, tanto de la nación que concede el tránsito como la de aquella a quien se concede, quedan ya expuestos (nota 5).

De lo que acabamos de establecer sobre neutrales resulta que tienen, durante la guerra, obligaciones que no existen en el estado de paz, y que, por consiguiente, es falsa la común regla de que para los neutrales la guerra es como si no existiese.

Las potencias neutrales pueden armarse, si lo creen conveniente, para defender sus derechos, en los casos en que no sean respetados por los beligerantes, y celebrar alianzas defensivas, pero declarando que solo emplearán sus armas en su propia defensa. Esta es la *neutralidad armada* que indica el señor Pinheiro. Véase Kluber §§. 303 y siguientes, part. 2^a, tít. 2.^o.

(14) Véase nota 5.

(15) Suponiendo el principio, reconocido por derecho positivo, de que cada nación está autorizada para apoderarse en el mar de los bienes de su enemigo y el de la libertad de comercio de que gozan los neutrales, resultan graves dificultades, Ninguna hay si el buque neutral lleva carga de propiedad también neutral. Pero ¿qué deberá hacerse cuando el buque neutral lleva carga del enemigo, o cuando un buque enemigo lleva carga neutral? ¿La bandera cubre la carga o no? El señor Pinheiro resuelve

la cuestión negativamente; pero limitándose al caso en que pertenezca al gobierno enemigo la carga del buque neutral, aunque en las reglas que gobiernan actualmente a las naciones no se haya introducido aún tal limitación, pues, según ellas, se ve como propiedad enemiga todo lo que pertenece a los súbditos enemigos.

Una nave está, como el territorio, bajo el imperio de su soberano, únicamente. Y si no es lícito introducirse en el territorio neutral para confiscar la propiedad enemiga, ¿cómo podrá fundarse el derecho de captura en buque neutral? Bynkershoek (Quaest. jur. pub. lib. 1. c. 14) opina que ya que nadie duda que es lícito detener a la nave neutral, para averiguar si lo es realmente, debe ser también lícito examinar los papeles relativos a la carga, y en caso de que por este examen se descubra que lleva propiedad enemiga, no hay embarazo para apoderarse de ella por el derecho de la guerra. Pero esta reflexión no nos satisface, porque desde que se adquiere certidumbre de que la nave es neutral, goza de todos los derechos e inmunidades del territorio neutral. Esta consideración, unida a la de los enormes perjuicios que causaría al comercio neutral, el principio contrario nos hace creer que —según los principios del derecho filosófico— el pabellón neutro cubre la carga enemiga.

¿El pabellón enemigo hará enemiga la carga neutral que lleve a su bordo? Grocio establece que, aunque se presume que pertenece al enemigo todo lo que se halla a bordo de sus buques, esta presunción puede destruirse con pruebas contrarias (*De jure belli et pacis*, lib. 3, cap. 6, n. i.º). Bynkershoek es del mismo sentir. Cape —dice— *si potes quodcunque, est hostis tui, sed mihi redde, quod meum est, quia amicus tuus sum, et impositione rerum mearum nihil sum molitius in necem tuam* (Quaest. jur. pub., lib. 1, cap. 13). Esta es también la opinión de Wheaton. «The rule, which subjects to confiscation the goods of a friend on ‘board’ the vessels of an enemy, son sus palabras, is manifestly contrary to reason and justice.

It may, indeed, afford, as Grotius has stated, a presumption that the goods are enemy's property; but it is such a presumption as will readily yield to contrary proof, and, not of that class of presumptions which the civilians call *presumptiones juris et de jure*, and which are conclusive upon the party» (Elements of international law. pág. 2, part. 4, cap. 3, §§ 18, pág. 162).

Examinemos las disposiciones del derecho positivo. El consulado del mar, compilación de las leyes marítimas hecha verosímelmente en Barcelona, en el siglo XIII o XIV, que fue mirada como la ley de todas las naciones europeas, establece las reglas siguientes. Por lo que mira a la carga enemiga en buque neutral: 1.^a hay derecho de confiscarla, pero no al buque; 2.^a debe pagarse el flete, como si la carga se hubiera conducido al puerto a que iba destinada; 3.^a se puede exigir que el mismo buque transporte las mercaderías enemigas al lugar que se le designe, pagándole el flete que se haya pactado; 4.^a si no ha habido convenio, se le debe pagar un flete igual al que habría ganado en su viaje, o mayor; 5.^a si el buque se niega a transporta las mercaderías a lugar seguro y estas son en el todo o en la mayor parte del enemigo, se le puede echar a pique, salvando las personas. Si se trata de mercaderías de una potencia amiga, esto es, neutral, a bordo de buque enemigo, las reglas son: 1.^a Las mercaderías no se pueden confiscar; 2.^a el aprehensor debe convenir con los dueños de las mercaderías, en las propuestas justas que le hicieren sobre rescate del buque; 3.^a si los dueños de las mercaderías no adoptan este medio de transacción, el aprehensor tiene derecho de conducir el buque, como buena presa a un puerto de su nación, en el cual debe restituir la propiedad amiga, satisfaciendo el flete, como si se hubieran transportado al puerto de su destino; 4.^a pero si el aprehensor es quien se ha negado a una justa transacción, no tiene derecho al pago del flete y está obligado a indemnizar a los propietarios por los perjuicios que hayan sufrido por el retardo de su viaje.

Toda mercadería enemiga se confisca, aun a bordo del buque neutral; la mercadería neutral no está sujeta a confiscación ni aun hallándose a bordo de buque enemigo. He aquí, en suma, el principio que establece el *Consulado de mar*. A él estuvo ajustada la práctica internacional, hasta mediados del siglo XVII, en que comenzó a ser varia. Cuando la guerra de Gran Bretaña con sus colonias de América no había ya regla fija en el particular. Esto movió a la Rusia en 1780 a establecer algunos principios, a favor del comercio de los neutrales, a los que accedieron Dinamarca, Suecia, Prusia, Austria y las dos Sicilias, y formaron, para sostenerlos, la alianza defensiva que se ha llamado *neutralidad armada*. Entre los principios que defendía aquella liga estaba el siguiente: «Las mercaderías pertenecientes a súbditos de los beligerantes que se hallen a bordo de buques neutrales están libres de confiscación, excepto el contrabando de guerra. Sobre la suerte de las mercaderías amigas, a bordo de buque enemigo, nada se declaró. Inglaterra rehusó su aceptación a estos principios, España y Francia, que habían tomado parte en esa guerra, los aceptaron como principios que de antemano respetaban, y de los que no se habían separado —decía España—, sino por la necesidad de imitar a la marina inglesa, que en toda guerra violaba la regla constantemente observada con las potencias neutras». Los Estados Unidos accedieron también por decreto del Congreso de 1781, pero añadiendo que la nave enemiga hace la carga enemiga.

Así se introdujeron las dos reglas que pueden llamarse hoy universales: la bandera neutral cubre la mercadería: «free ships, free goods»; la bandera enemiga hace la carga enemiga, «enemy ships, enemy goods» Estas reglas se hallan en todos los tratados de Francia y Estados Unidos con las demás naciones. Solo se dejan de observar con aquellas que no las reconocen. De aquí resulta una dificultad: ¿qué conducta se observará con la propiedad de una nación que no observa estas reglas, cuando se halle a bordo de buque de nación que las observa? En

los tratados de Estados Unidos con España y con las Repúblicas de la América española se halla resuelta esta dificultad. Si una de las partes contratantes está en guerra con una tercera potencia y la otra es neutral, la bandera de ésta cubrirá la propiedad de los enemigos, cuyos gobiernos reconocen este principio, pero no la de los demás. En este último caso, las mercaderías neutras, embarcadas en nave enemiga, serán libres (véase Ortolan, reg. internation. et diplom. de la mer. lib. 3. chap. 5).

En el Perú, y quizá en la América española, no tenemos ley a que debemos arreglarnos, con las potencias con quienes no hay tratados, sino la ordenanza dada por Carlos IV en 1801. «Las embarcaciones –dice–, en cuyo bordo se hallen mercaderías y efectos pertenecientes al enemigo, se detendrán hasta que se haga constar que no niegan la inmunidad, y que antes bien la observan los enemigos; pero si no lo justificasen, serán declarados de buena presa, y se dejarán libres todos los demás de pertenencia neutra. Toda embarcación que navegue con bandera o patente de príncipes o Estados enemigos, será buena presa con todos los efectos que a bordo tuviere, aunque pertenezcan a vasallos míos, en caso de haberlos embarcado después de la declaración de guerra, y de pasado el tiempo suficiente para poder tener noticia de ella» [Nov. Recop. 1.4.º tit. 8.º lib. 6.º].

¿Pero la bandera neutral cubrirá el *contrabando de guerra*, como el señor Pinheiro lo pretende? Ya dijimos (nota 13) que no, y que hay derecho de confiscarlo. Este derecho está reconocido y se ejerce por todas las naciones. Supuesto el derecho, sobre el cual no hay disputa, lo que se necesita es determinar qué objetos se han de considerar como contrabando de guerra. Heineccio dice que «podemos impedir por la fuerza que otro pueblo suministre a nuestro enemigo armas, municiones, víveres y otros auxilios, y apoderarnos de todo esto, confiscándolo» (Elem. jur. nat. et. jent. lib. 2.º cap. 9). Vattel reserva la prohibición de los víveres para el caso en que se

trata de reducir por hambre al enemigo (lib. 3, chap. 7). Bynkershoek, partiendo de los tratados públicos, y de los edictos de Holanda, solo aplica el nombre de contrabando de guerra a las armas y municiones. Tiene por lícito el transporte de las materias de que pueden formarse estos objetos.

Los modernos publicistas distinguen el contrabando en contrabando de primera y contrabando de segunda clase. Llamam de primera clase a los objetos que solo sirven para la guerra y de segunda clase a los que pueden servir para la guerra y para otros usos inocentes. Pero, supuesto que hay duda sobre el destino de esta última especie de mercancías, debe prevalecer en este caso el principio incuestionable de la libertad del comercio neutral. En Inglaterra se considera una especie particular de contrabando, que llaman *contrabando por accidente*. Se tiene por contrabando en este sentido todo objeto de comercio que, aun que se presume inocente, va a servir de auxilio al enemigo, como sucede si se lleva al puerto, en que una escuadra enemiga se está equipando, o a un puerto militar, aunque por otra parte haya en él comercio lícito. Este contrabando no sufre el comiso, pero está sujeto a la prensión.

Lo que todas las naciones reputan contrabando de guerra sujeto a confiscación, son los objetos que sirven directamente para la guerra. Este principio está admitido en todos los tratados. En pocos se consideran como contrabando las municiones navales. Las materias primeras no se colocan en esta clase, a no ser que vayan suficientemente preparadas para servir con facilidad de instrumentos de guerra, en cuyo caso hay un verdadero fraude, que no puede libertarlas del comiso.

Entre los instrumentos de guerra deben considerarse las personas militares y las comunicaciones del enemigo relativas a la guerra. El buque que conduce esta especie de contrabando está sujeto a confiscación. El que conduce los otros instrumentos de guerra no sufre esta pena.

La citada ordenanza de Carlos IV declara buena presa todos los géneros prohibidos y de contrabando que se transportaren para el servicio de enemigos, y bajo de este nombre se entienden armas, cañones... Sigue enumerando los instrumentos de guerra, y entre ellos, la pólvora, el salitre, las mechas, los caballos y los arneses. «También se consideran –continúa– como géneros prohibidos y de contrabando los comestibles, en caso de ir destinados para plaza enemiga bloqueada por mar o tierra, pero no estándolo, se dejarán conducir libremente a su destino, siempre que los enemigos observen por su parte la misma conducta».

- (16) Acabamos de ver que cada beligerante tiene el derecho de confiscar las naves enemigas y el contrabando de guerra que conduzcan los neutrales. Este derecho lleva consigo el de pasar a bordo del buque que navega con bandera neutral, para examinar su verdadera nacionalidad y su carga, llamado derecho de *visita y registro*.

Como solo la soberanía que los neutrales tienen sobre su territorio puede impedirnos el ejercicio de este derecho, la visita se hace legítimamente, así en nuestro territorio o en territorio enemigo, como en altamar.

La forma que –según los tratados y el uso general– se observa en la visita es esta: 1.º El visitador enarbola su bandera y, para indicar que no hay en esto fraude, tira un cañonazo sin bala, lo cual se llama *afianzar la bandera*. El buque a quien se hace esta señal, debe detenerse. Si no lo hace, se dispara un cañonazo con bala; y si aun así no se detiene, se le persigue empleando la fuerza, y el visitador no es responsable de las averías que le cause. Si el buque usa de la fuerza para librarse de la visita y se le vence, es buena presa; 2.º En algunos tratados se fija fuera del tiro de cañón la distancia en que se ha de colocar el buque visitador durante la visita, pero en la práctica esto no se observa, por el riesgo que hay de que la embarcación se escape, y por las dificultades que suele oponer la naturaleza. El artículo 18 del tratado de

Estados Unidos con Chile, ratificado el 29 de abril de 1834, dice: el buque visitador debe quedar a la distancia que le permitan el objeto de la visita, el estado del mar y del viento, y el grado de sospecha que inspire la nave visitada; 3.º Un oficial, acompañado solamente de dos o tres hombres, debe pasar a hacer la visita; 4.º Después de examinar los papeles de mar, si concibe sospechas fundadas de que hay contrabando de guerra, puede ejercer el derecho de verdadero registro, no rompiendo los cofres, ni las escotillas, por la razón que da el señor Pinheiro y porque lo veda un gran número de tratados; sino exigiendo que se le abran; 5.º Si estas sospechas, o las de que el buque sea enemigo, no se disipan, se conduce a éste al puerto más inmediato del visitador 6.º Lo mismo se hace si más de una tercera parte de la tripulación se compone de enemigos, o sino llevan patente legítima, o la llevan de diferentes soberanos, o arrojan al agua los papeles de mar; 7.º Cuando, conduciendo contrabando de guerra, se resiste el capitán a entregarlo, se observa también la regla anterior. Pero si de buena fe lo entrega, se le deja seguir su viaje después de transbordar las especies y darle recibo de ellas.

Papeles de mar son los documentos que debe llevar todo buque mercante para gozar de la protección del Estado a que pertenece. Los principales son: 1.º *Pasaporte*, el cual manifiesta la procedencia del buque; se renueva en cada viaje y es indispensable para su seguridad; 2.º *Patente de navegación*, que es el permiso concedido por el soberano para que el buque navegue protegido por su bandera, y gozando de los derechos de los buques de la nación; 3.º Título de propiedad, documento que acredita a quién pertenece el buque. Si ha sido construido en país enemigo, debe constar que se compró en él antes de tener noticia de la guerra, o al aprehensor, después de haberse declarado buena presa. Este documento es tan necesario como el pasaporte; 4.º *Rol de la tripulación*, que expresa el número y domicilio de los oficiales y marineros. Sirve para saber si el buque se ha de considerar como neutral,

según el número de enemigos que lleva en su tripulación 5.º *Manifiesto o carta-partida*, que contiene el contrato de flete y un resumen de las pólizas; 6.º *Conocimientos o pólizas*, que expresan el nombre del cargador, el del consignatario, el del puerto de donde procede y a donde se dirige, y el contenido de los fardos. Las pólizas llevan la firma del capitán y por ellas responde de la carga. Prueban la pertenencia de ésta; 7.º *Pasaportes de los pasajeros*, que acreditan la profesión de éstos, su procedencia y destino. La falta de los papeles de mar, principalmente la del pasaporte del buque y de las pólizas, basta para detenerlo, y es presunción muy vehemente para declararlo buena presa; pero en Inglaterra y Estados Unidos se admiten, durante el juicio, pruebas que remedien aquella falta.

La *visita y registro* de que hablamos aquí no debe confundirse con la simple *visita o examen de la bandera*. En aquélla se averigua la nacionalidad y la carga del buque, en ésta solo la nacionalidad. La primera es, en el estado de guerra, un derecho que nace del que tiene cada beligerante de hostilizar al enemigo y proveer a la propia seguridad. Por consiguiente, en el estado de paz desaparece, y sería un atentado contra la independencia de las naciones: la otra se funda en la necesidad de tomar precauciones en todo tiempo, para que los piratas y bandidos no perjudiquen al comercio. Es como la policía de los mares, confiada a los buques de guerra de todas las naciones, aun en tiempo de paz. La forma de una y otra se asemejan hasta cierto punto, porque luego de que un buque de guerra afianza su bandera, a la vista de otro mercante que pretende reconocer, éste debe enarbolar la suya, y permitir que pase a su bordo el oficial que mande el capitán a reconocerlo, cuando conciba recelos que exijan esta medida; mas examinados los papeles de mar que acrediten la nacionalidad del buque, debe respetarse su independencia. En la visita y el registro de los beligerantes se hace un examen más prolijo de todos los papeles de mar y del buque.

De la diferencia que hay entre estos dos derechos, resulta que ninguna nación puede exigir en tiempo de paz que los buques de las otras se sometan a la visita y registro. Por eso Inglaterra, para adquirir este derecho con el objeto de abolir el tráfico de negros, ha ocurrido a los tratados, concediendo también a las otras naciones el derecho de visita y registro sobre sus buques. Y como un tratado no obliga sino a los que lo celebran, aquella potencia no tiene derecho de visitar indistintamente a los buques mercantes.

Sobre la propiedad neutral a bordo de buque enemigo, véase nota 15.

- (17) Hemos definido el bloqueo como la ocupación de la entrada de un lugar con buques, o fuerzas suficientes para impedir la comunicación del enemigo, y hemos manifestado que los neutrales no pueden negar este derecho, nota 13. De lo cual se deduce: 1.º que sin ocupación real no hay bloqueo. Los tratados requieren fuerza suficiente que impida penetrar en el lugar bloqueado, y aun fijan la de dos naves cuando menos (aunque el número de éstas depende de la naturaleza de los lugares), o una batería situada en la costa, de modo que los buques neutrales no puedan entrar sin riesgo; 2.º Que el bloqueo se debe notificar a las otras potencias siempre que sea posible, y en todo caso al buque que se acerca al puerto bloqueado. Inglaterra ha pretendido que no sea necesaria esta notificación, hecha la primera; 3.º Que puede bloquearse cualquiera porción del territorio enemigo; pero cuando se bloquea un río, el bloqueador no puede impedir a los neutrales el ejercicio de sus derechos anteriores sobre dicho río, excepto la comunicación con el enemigo. 4.º Que no se puede admitir la doctrina inglesa, que sostiene el bloqueo llamado de gabinete o papel, el cual resulta de solo la notificación a los gobiernos, sin la existencia real de la fuerza bloqueadora. 5.º Que si esta es dispersada por fuerzas superiores de su enemigo, termina el bloqueo. 6.º Que si el mal tiempo, u otro accidente, obliga a la escuadra a separarse del lugar bloqueado, el bloqueo

se suspende, si bien para restablecerlo, no se necesita en este caso nueva notificación a las otras potencias. 7.º Que los neutrales deben respetar en el bloqueo el imperio que el beligerante ejerce sobre el puerto o lugar que ocupa, y el derecho que tiene de hostilizar a su enemigo. 8.º Que con justicia se confisca el buque que viola el bloqueo, junto con su carga. 9.º Que el derecho de gentes se viola no solo quebrantando de hecho el bloqueo, sino también por tentativa de quebrantarlo, después de notificado el buque. 10.º Que los que entran al puerto bloqueado, no solo en el caso de que el bloqueo haya terminado, sino también en el de que se haya suspendido, no cometen falta alguna. 11.º Que, por consiguiente, los que, no obstante la notificación, se dirigen al puerto bloqueado, quizá con la esperanza de encontrar levantado el bloqueo, tampoco la cometen, ni están expuestos a más confiscación, que a la del contrabando de guerra. 12.º Que con razón no se ve como violador del bloqueo al buque que sale del puerto bloqueado con carga comprada de él, antes de comenzar el bloqueo; ni al que sale en lastre, comprado por un neutral a otro neutral; ni al que saca mercaderías neutrales, importadas antes del bloqueo y reembarcadas durante él como invendibles.

El buque que viola un bloqueo es responsable de su falta y puede ser aprehendido, hasta que acabe su viaje, volviendo al puerto de donde lo emprendió. Mas si el bloqueo se levanta en el intervalo que hay del delito a la aprehensión, no se le aplica la pena.

(18) V. nota 13.

(19) La opinión del señor Pinheiro contra el corso ha sido profesada por otros distinguidos publicistas, a los que ha inspirado, como a él, esta aversión, el peligro de los abusos a que pueden abandonarse los corsarios. Franklin introdujo en el tratado de Estados Unidos con Prusia de 1785 el siguiente artículo: «Si sobreviniere alguna guerra entre las partes contratantes, todas las naves mercantes, empleadas en el cambio de los productos de diferentes

países, y, por consiguiente, destinadas a facilitar y llevar los objetos propios para las necesidades, comodidades y dulzuras de la vida, pasarán libremente, sin ser molestadas, y las dos potencias contratantes se comprometen a no conceder ninguna comisión a buques armados en corso, que los autorice a aprehender o destruir esta especie de naves mercantes, o a interrumpir su comercio». Pero ni esta estipulación, que quedó sin renovarse en el tratado de 1799, ni la doctrina de los publicistas citados, se ha reducido a la práctica, y el corso está admitido en el derecho internacional como un medio legítimo de hostilizar al enemigo y como un auxilio de la marina de guerra.

Los buques de propiedad privada, autorizados por el soberano para hostilizar al enemigo, con la captura de sus naves y del contrabando de guerra, se llaman corsarios.

El armador debe otorgar fianza suficiente para responder de los abusos. Esta precaución está adoptada en todas partes. La ordenanza de Carlos IV la exige, conforme a la antigua práctica. Pedro, Rey de Aragón, en el artículo 20 de la ordenanza de 1356, la tenía mandada, pero dejaba la fijación de la suma al juicio de los jefes encargados de velar sobre los armamentos. Previamente esta formalidad, se expide la *patente de corso o letras de marca*, que es la autorización que concede el soberano para el corso. En virtud de ella, el corsario queda facultado para ejercer sobre el enemigo las mismas hostilidades que la marina de guerra. Además de las letras de marca, debe llevar el corsario todos los principales papeles de mar bien arreglados.

Están obligados a observar fielmente la ordenanza de corso. No pueden apropiarse la presa hasta que sea sentenciada: pero si ésta se condena, «además de las embarcaciones apresadas, sus aparejos, pertrechos, artillería y carga, que enteramente han de percibir, se les abona por la tesorería las gratificaciones asignadas» que son, por cada cañón de a doce, o mayor calibre,

900 reales; por cada uno de cuatro a doce, 600, y por cada prisionero, 160. La tripulación goza de fuero de marina. Los que se inutilizan por heridas disfrutan del derecho de inválidos y las viudas de los muertos en el corso, de pensión alimenticia (artículos 6° y 7° de la ordenanza citada).

- (20) Las presas vuelven a la nación a quien pertenecían, por *represa, recobro o rescate*. Represa es la aprehensión que hacen las fuerzas de un beligerante, de la propiedad que había apresado el enemigo y conservaba en su poder. A quien pasen los bienes represados es una cuestión que se resuelve por las leyes particulares de cada país, si los bienes pertenecen a súbditos de la nación; o por los tratados, si pertenecen a una potencia amiga. Cuando se restituyen a sus dueños, se concede en todas partes una gratificación a los represadores.

Nuestra regla en esta materia es, que si una embarcación se represa por buques de la armada o por corsarios, se devuelve a sus dueños, con tal que en su carga no tengan intereses los enemigos. Si la represa se hace por corsarios, en el término de veinticuatro horas de su apresamiento, tienen derecho a la mitad del valor de la presa, y a todo el valor de ella, cuando la represa se ha hecho pasado aquel término. Si la nave represada pertenece a un aliado, los buques de la armada perciben la octava parte del valor de la presa, y si los represadores son corsarios, tienen la sexta parte, devolviéndose la presa al apoderado de sus dueños, o al cónsul de la nación a quien corresponda. Esto solo se observa con las potencias que tengan con nosotros igual conducta (artículos 38° y 39° de dicha ordenanza).

Cuando se represa propiedad neutral, se restituye a sus dueños, a no ser que haya seguridad de que, en poder del enemigo, habría sido condenada. Durante la última guerra entre Inglaterra y Francia, el almirantazgo británico ordenó en tales casos que los dueños pagasen premio de salvamento. Este premio se debe por lo común, salvo las

excepciones que establezcan las leyes de cada Estado, siempre que la presa ha sido ilegítima en cuyo caso los represadores no adquieren derecho sobre ella.

De la definición de la represa se deduce que si la presa no llegó a caer en poder del enemigo por haberse apoderado de ella, o por hallarse dominada por sus fuerzas, de tal modo que fuese imposible librarse de ellas, no se puede decir que hay en rigor represa, ni derecho al premio de salvamento: que lo mismo sucede en caso de que la presa haya sido abandonada por el aprehensor, si aún no había sido condenada. Habiéndolo sido, se ve como cosa sin dueño y pertenece al primer ocupante. Entre nosotros la ley no distingue este caso. Juzgamos que está comprendido en la disposición general de los citados artículos 38 y 39.

Recobro es el acto por el que la tripulación salva la nave ya apresada. Sea cual fuere el tiempo que haya transcurrido de la presa al recobro, todo vuelve a poder de sus dueños, los cuales están obligados a satisfacer el premio de salvamento.

(21) *Rescate* es el contrato por el que el aprehensor restituye la presa a su dueño, con la seguridad de que no será de nuevo apresada y entregándole éste, o quedando obligado a entregarle, cierta cantidad de dinero.

Si el buque rescatado naufraga, se debe satisfacer, con todo, el precio del rescate, salvo que se haya pactado otra cosa. Cuando el buque es de nuevo apresado, fuera de la ruta señalada o pasado el término que se le ha concedido de seguridad, no hay obligación de pagar el rescate, el cual se deduce, en tal caso, del valor de la presa, y se satisface al primer aprehensor. Tampoco existe aquella obligación, si éste es apresado con el pagaré por la nación del rescatador. Suelen darse rehenes para la seguridad de este contrato.

En Inglaterra no se admite demanda de súbdito enemigo sobre el contrato de rescate, ni en los casos en que lo

permite la ley. Decimos que ni aun en estos casos, porque allí, para animar el interés de las represas, está prohibido, generalmente hablando, el rescate. En Francia y Holanda se admiten dichas demandas.

- (22) Los aprehensores están obligados a presentar los papeles de mar de la nave apresada, luego de que llegan a puerto de su nación. Con estos papeles y las declaraciones de los oficiales y marineros, se sentencia la presa en primera instancia, Pero si estos medios no suministran bastantes pruebas, se adoptan todos los que son necesarios. Si hay fraude o mala conducta de parte del apresado se condena la presa sin admitirle nuevas pruebas. El que pretende engañar al tribunal, reclamando lo ajeno como suyo, pierde aun lo suyo. Cuando, por salvar la propiedad enemiga, se confunde con la neutral en el reclamo de ésta, la propiedad neutral corre la misma suerte que la enemiga, según la práctica de los Estados Unidos.

Por punto general la prueba toca al que reclama, y no puede alegar como prueba contra la legitimidad de la presa, que los aprehensores carecían de patente legal. Cuando resulta esto del juicio, la presa se adjudica al Estado.

El aprehensor satisface los daños y perjuicios que cause por no haber cuidado de la seguridad de la presa, o por haber procedido en la aprehensión contra las leyes. Su responsabilidad cesa luego de que comienza el juicio, porque desde entonces los objetos apresados se hallan bajo la protección de la ley.

La sentencia del tribunal de presas tiene fuerza de cosa juzgada en todas las demás naciones, y confiere título bastante de dominio al aprehensor y al comprador de la presa. La venta, hecha antes del juzgamiento, se legitima por la sentencia posterior que condena la presa.

Aunque el juicio de presas toca a la nación del aprehensor, hay casos en que un neutral puede juzgar a los corsarios. Azuni señala tres: 1.º cuando el apresador que llega

a sus puertos ha infringido los principios del derecho natural, 2.º cuando se le acusa de piratería, 3.º cuando viola el territorio neutral.

- (23) Aquí debemos ocuparnos del derecho de *postliminio*, en virtud del cual las personas y las cosas que se recobran del poder del enemigo se restituyen a su antiguo Estado. Las personas que vuelven al territorio de su soberano entran de nuevo en el goce de su libertad, pero los prisioneros, sueltos bajo su palabra de honor, sufren en sus derechos la limitación que les haya impuesto el enemigo. Por lo que hace a las cosas, hay que distinguir los muebles de los inmuebles. Los inmuebles, ya pertenezcan al Estado, ya a particulares, vuelven al dominio de su antiguo dueño, luego que salen del poder del enemigo, a no ser que se le hayan cedido. Respecto de los muebles, el derecho de postliminio parece si el objeto apresado permanece veinticuatro horas en poder del enemigo; o si, como quieren otros publicistas, ha sido conducido a lugar seguro (*intra praesidia*). Las personas o cosas que van al poder de nuestros aliados se consideran vueltas al nuestro. En territorio neutral, los prisioneros que no permanecen en poder del enemigo a bordo de sus buques gozan del derecho de postliminio; no sucede lo mismo con las cosas.

En el estado de guerra se celebran convenciones de que es necesario tener idea. Por ellas se arreglan los asuntos relativos a la misma guerra. Sería de más recordar que estos, como todos los pactos internacionales, se deben observar fielmente.

Se llaman *carteles* las convenciones en que se determina la alteración que sufrirán el comercio y las relaciones de los beligerantes y el modo como se comunicarán y harán la guerra. Seguro o *salvoconducto* es la convención en que se concede a personas o propiedades del enemigo, seguridad y protección. *Capitulación*, aquella en que uno de los beligerantes se obliga a abandonar al otro alguna plaza o pueblo, bajo de ciertas condiciones. Esta

convención es obligatoria, sin necesidad de ratificación del soberano, con tal de que los jefes que las celebran no se excedan de sus facultades. Armisticio es la suspensión de las hostilidades por cierto tiempo. Es general o particular. El armisticio general suspende absolutamente las hostilidades, el particular las suspende en lugares determinados. Al armisticio de largo tiempo se da el nombre de treguas. El armisticio general y las treguas requieren autorización especial del soberano. Suspendidas las hostilidades por estas convenciones, no es lícito hacer obra o movimiento militar que antes no se hubiera podido emprender sin peligro.

- (24) Diplomática, en su sentido primitivo, es el arte de conocer y distinguir los diplomas, esto es, los documentos autorizados con el sello y la firma del soberano. Aquí entendemos por diplomática o diplomacia la ciencia de los derechos y funciones de los agentes diplomáticos. Agentes diplomáticos son los funcionarios públicos que, en virtud de poder bastante, tratan, en nombre de su nación, con otra.

El derecho de *embajada* pertenece a los Estados soberanos. Los estados semisoberanos no gozan de él, a no ser que se lo hayan reservado. Al gobierno toca el ejercicio de este derecho, por el cual envía y recibe ministros diplomáticos. Cuando el jefe de una nación pierde su autoridad en ella, pierde también el derecho de embajada, que pasa a su sucesor. Pero si ha sido destronado por la violencia, no pierde su derecho, hasta que el nuevo gobierno se legitime. Así, recibir un ministro diplomático se ve como un reconocimiento solemne del soberano que lo envía. Aunque ninguna nación está obligada a enviar o recibir ministros diplomáticos, difícilmente habría quien se negase hoy a recibirlos, y recibéndolos se les debe el goce de todos sus derechos, que emanan unos de la ley natural, otros de los pactos, o del uso general, si no se ha declarado nada en contrario; otros, en fin, del uso particular de la Corte.

En el Congreso de Viena, las ocho potencias signatarias del Tratado de París dividieron los agentes diplomáticos en tres clases, en el orden siguiente: 1.^a embajadores, legados y nuncios; 2.^a Enviados acreditados cerca del soberano; 3.^a encargados de negocios, acreditados cerca del ministro de Relaciones Exteriores. Pero las cinco potencias reunidas en las conferencias de Aix-la-Chapelle en 1818 convinieron en que los ministros residentes formasen una clase aparte, inferior a los ministros de segundo orden, y superior a los encargados de negocios.

Ministros de primer orden son los que hemos indicado. A ellos está reservado el *carácter representativo*, esto es, representar ampliamente la persona de su soberano, no solo respecto de las negociaciones, sino también de los honores que se le deben: Aunque basta —dice Martens— que se les atribuyan estos honores de un modo general y que se les hagan las distinciones establecidas por el uso. Los nuncios y embajadores se dividen en ordinarios y extraordinarios. Esta división servía para distinguir las misiones permanentes de las que no lo son. Hoy se da el carácter de extraordinario, que se ve como algo superior al de ordinario, a embajadores permanentes. Ministros de segundo orden son los enviados propiamente dichos, los ministros plenipotenciarios, los internuncios del Papa y el internuncio de Austria en Constantinopla. Hoy es de uso casi general dar a los ministros de segundo orden el título de enviados extraordinarios y ministros plenipotenciarios. Se dice que éstos no tienen carácter representativo, porque, en el curso ordinario de las cosas, solo se ocupan de lo que sus poderes contienen: Mas en circunstancias extraordinarias, representan todos los derechos de su nación. Son ministros de tercer orden los ministros residentes, los encargados de negocios, los agentes diplomáticos. Se consideran también en este orden los encargados de negocios *ad interim*, que se nombran durante la ausencia del ministro, o para Cortes donde no se tiene a bien

enviar ministros titulados. Se les acredita por una carta al ministro de Relaciones Exteriores, o los presenta el ministro titulado antes de partir de la Corte.

Además de los agentes diplomáticos considerados en estos tres órdenes, hay agentes confidenciales que se acreditan secretamente cerca del soberano o de su ministro de Relaciones Exteriores. Luego que se les reconoce y se les admite con este carácter, gozan de los derechos comunes a los agentes diplomáticos, exceptuando solamente aquellos que revelarían el secreto de su misión. Suelen descubrir su carácter público al fin o en el curso de la negociación.

Se puede confiar la legación cerca de un mismo soberano a varios ministros diplomáticos. Diferentes soberanos pueden acreditar a un mismo ministro, y un ministro puede estar acreditado cerca de diferentes Cortes.

Aunque cada soberano puede nombrar ministros diplomáticos del orden que tuviese a bien, hay que exceptuar de este amplio derecho el nombramiento de los de primera clase. El derecho positivo no reconoce la facultad de nombrarlos, sino en los monarcas, en los Estados que gozan de honores reales y en las grandes repúblicas. Es cortesía de uso general, aunque no obligatoria, enviar a cada soberano un ministro de la misma clase del que él ha enviado.

La elección de la persona del ministro depende únicamente de la voluntad del soberano y de las leyes del país, a no ser que haya algún tratado que limite este derecho. Si se rehúsa admitir la persona del enviado, es preciso que se funde el gobierno en muy poderosos motivos y que los exponga al que lo envía. En 1757 rehusó el rey de Suecia recibir a M. Goderike, ministro británico, e Inglaterra rompió por este solo hecho sus relaciones diplomáticas; con aquella potencia. Para evitar estos tropiezos, se acostumbra explorar las disposiciones de la Corte respecto del ministro que se piensa nombrar.

No es indispensable que el ministro sea noble, porque ni en todas las naciones hay nobleza, ni la calidad del nacimiento debe anteponerse a la capacidad diplomática: pero conviene siempre que el nombramiento recaiga en persona de mérito elevado.

Las legaciones llevan secretarios. Cuando son varios se determina su jerarquía llamándolos primero, segundo, etcétera. Los de las misiones de primer orden tienen el nombre de secretarios de embajada; cuando pertenecen a las misiones del Papa, el de secretarios de nunciatura, y cuando a las demás legaciones, el de secretarios de legación. Los secretarios de legación son presentados por su jefe al soberano y su nombramiento se comunica al ministro de Negocios Extranjeros. Los de primero y segundo orden desempeñan las funciones de encargados de negocios, en ausencia de los ministros, y éstos los acreditan en la forma que indicamos, hablando de los encargados de negocios *ad interim*. Siguen en jerarquía a los secretarios los consejeros de legación, que acompañan al ministro para auxiliarlo con sus luces y desempeñan los deberes que su gobierno les haya señalado, que sobre esto nada hay fijo. En tercer lugar se considera a los agregados a la legación: jóvenes que después de haber adquirido los conocimientos indispensables en la carrera diplomática, se colocan en las legaciones para que completen su instrucción con la práctica de los negocios.

- (25) Los cónsules están destinados a proteger el comercio de su nación y a reclamar ante las autoridades de las violaciones de los tratados, y de los perjuicios que reciban sus compatriotas. El derecho positivo no los considera como individuos del cuerpo diplomático, sino en las potencias berberiscas. Con todo, los cónsules residentes en los puertos del Imperio otomano, se ven como súbditos de los ministros públicos de su nación.

Los cónsules son generales, particulares o vicecónsules. Los generales son jefes de todos los cónsules nombrados por su gobierno para la nación en que residen, y protegen

el comercio de su país en todos los puntos del territorio. Los cónsules particulares ejercen sus funciones en lugares determinados. Los vicecónsules se nombran para puertos de segundo orden y se hallan bajo la dependencia de los cónsules. Los cónsules están, por lo común, autorizados para nombrar agentes de comercio que, bajo su dependencia, auxiliien el comercio de los súbditos de la nación. El documento que habilita a los cónsules para ejercer sus funciones se llama *patente*. No surte efecto sine el consentimiento o *exequatur* del soberano en cuyo territorio han de residir.

Las funciones de los cónsules son: 1.º autorizar los instrumentos relativos al estado civil y los contratos de sus compatriotas que se hallen en el país; 2.º dar certificados de su conducta; 3.º recibir las declaraciones que les encarguen los tribunales de su país; 4.º representar en juicio a sus compatriotas ausentes: solo para que se les restituya la propiedad reclamada deben presentar poder; 5.º llevar el registro de entrada y salida de los buques de su nación y expedirles pasaporte; 6.º reclamar de las infracciones de los tratados y de las violencias que sufran sus conciudadanos, dirigiéndose inmediatamente al gobierno o, si hubiere ministro de su nación, a éste, para que haga las peticiones convenientes. Los cónsules no pueden ejercer jurisdicción, a no ser que por tratados les sea permitido, pero pueden; 7.º pronunciar sentencia arbitral, cuando se someten voluntariamente a su fallo individuos de su nación, y en tal caso la autoridad pública debe auxiliarlos para la ejecución.

Los cónsules gozan de la independencia indispensable en el ejercicio de sus funciones. Están libres de todos los cargos civiles, y su archivo es inviolable. Se hallan sujetos, tanto en lo civil como en lo criminal, a la jurisdicción de los tribunales del país.

La ley 6ª. tit. 11. lib. 6. de la Nov. dispone que los cónsules han de justificar ser naturales del Estado que los nombre, pero no se exige esto a los vicecónsules que

únicamente están exentos de las cargas concejales y personales, que si comerciaren se les ha de tratar como a cualquier comerciante extranjero, que sus casas no gocen de inmunidad alguna, ni puedan tener en parte pública la insignia de las armas del príncipe o Estado que los nombre, que solo puedan colocar en sus torres o azoteas una señal que manifieste cuál es la casa del cónsul. Esta señal no es la bandera que el uso ha introducido entre nosotros. Por la Convención de 1769 entre España y Francia, se conviene en que ha de ser un cuadro con la inscripción: CONSULADO DE FRANCIA. Declara también dicha ley que no pueden ejercer jurisdicción, ni entre vasallos de su propio soberano, sino componer extrajudicial y amigablemente sus diferencias.

- (26) No nos parece fácil que se lleguen a fijar reglas tan claras y determinadas a la conducta de los agentes diplomáticos, que puedan formar un verdadero arte del negociador. El agente diplomático debe conocer suficientemente los intereses de su patria y las relaciones en que ellos se hallen con los del país donde reside. Debe estar dotado de un conocimiento profundo del corazón humano y de mucha penetración para descubrir las miras de la potencia con la que trata. Necesita serenidad y tino para aprovecharse de las irresoluciones y de la debilidad de esta, y para calmarla si se irrita. Pero estas prendas vienen de la naturaleza. El trato con los hombres y el manejo de los negocios las desenvuelven. El arte nunca podrá suplirlas.

Los documentos de que debe estar habilitado un agente diplomático son: la *credencial*, carta del soberano que envía el ministro, dirigida al gobierno que lo recibe. Se indica en ella el objeto de la misión, la persona y el carácter diplomático de que se le inviste. La credencial de los ministros de tercera clase se dirige de ministro a ministro. Los *plenos poderes* contienen la facultad que se da al enviado para una negociación particular, o para una misión indeterminada, con el fin de cultivar relaciones diplomáticas y entablar y seguir todo género de

negociaciones. Los plenos poderes deben presentarse también. Las *instrucciones* señalan al ministro la conducta que debe seguir en el desempeño de su misión. Además de estos documentos indispensables, suele haber cartas de recomendación que se dirigen al ministro, a los príncipes y a otras personas de poder en la Corte.

El ceremonial de la recepción de los ministros diplomáticos depende del uso de cada Corte. Lo general es que el embajador anuncia su llegada al ministro de Negocios Extranjeros; le envía un secretario de embajada con copia auténtica de su credencial, y pide que se le señale día y hora para ser admitido a la audiencia del soberano. En el día señalado, los coches de la Corte conducen al embajador, con las personas pertenecientes a la legación, al palacio; la guardia le hace los honores militares y se le introduce en la sala de audiencia, donde lo aguarda el soberano con los empleados de la Corte y el cuerpo diplomático. El embajador, acompañado de sus secretarios, consejeros y agregados a la legación o caballeros de embajada, se acerca al soberano saludándolo tres veces, y éste se descubre para contestar a su saludo. Después de tomar asiento pronuncia el embajador un discurso solemne con la cabeza cubierta, si el jefe del Estado es varón, y entrega sus credenciales al ministro. Se retira con el mismo ceremonial que entra. Después, solicita la audiencia de la reina y de los príncipes y hace estas visitas con la cabeza descubierta.

Los ministros de segundo orden son recibidos comúnmente por el soberano en audiencia pública. Se introducen con el ceremonial acostumbrado y entregan la credencial al terminar su discurso. También se les suele recibir en audiencia particular por el soberano, con el ministro solamente y las personas de la Corte.

Los encargados de negocios, que ordinariamente no tienen secretario, anuncian su llegada por escrito al ministro: Le entregan sus credenciales en la primera conferencia, y éste los presenta al soberano en el primer día de

Corte, sin concurrencia del cuerpo diplomático. Los secretarios, consejeros y agregados a la legación son presentados por el embajador, o por el ministro de segundo orden.

El agente diplomático debe visitar también o hacer saber su llegada, según su clase y la práctica establecida, a los ministros de las demás Cortes. Sin esta formalidad no es considerado por ellos como individuo del cuerpo diplomático.

En las negociaciones se procede de palabra en *conferencias*, o por escrito. Los escritos son de varias especies. Memoria se llama al escrito en que se dilucida prolijamente algún asunto. La memoria en que se fijan condiciones irrevocables para el arreglo de los negocios que se ventilan toma el nombre de *ultimátum*. *Notas* son las comunicaciones que el diplomático dirige al ministro de Relaciones Exteriores de la Corte en que reside, o a los ministros diplomáticos de las otras Cortes. Es esencia de la nota que solo se use de tercera persona, ya se mencione así mismo el que la escribe, ya mencione a aquel a quien se dirige. Cuando se usa la primera persona, se llama *oficio o carta*. El escrito en que se recuerda algún asunto, cuya resolución está pendiente, se denomina *nota verbal*, y la contestación que se acostumbra dar tiene el mismo nombre. *Memorándum o minuta* es la exposición de lo que pasa en una conferencia. Ni la *nota verbal* ni el *memorándum* llevan firma. Sobre los demás pormenores que miran a la forma de estos escritos. Véase al conde de Garden *Traite complet. de diplom. t. 2. XVI.*

La misión diplomática termina: 1.º por los términos en que está concebido el mandato, en tres casos: cuando expira el tiempo señalado a la misión; cuando siendo la misión interina, vuelve el propietario; cuando en la misión extraordinaria se ha llenado el objeto; 2.º termina por la muerte del ministro, de su soberano, o de aquel cerca del cual fue acreditado. En los dos últimos casos continúan comúnmente las negociaciones, con la esperanza de que

serán aprobadas; 3.º por la voluntad de los soberanos, cuando el uno envía a su ministro y éste entrega la *carta de retiro*, o cuando el otro por graves razones lo despide de su Corte: 4.º cuando el ministro, por cualquier desavenencia, declara que su misión ha terminado.

El ministro de primera o segunda clase que recibe su *carta de retiro* remite copia de ella al de Relaciones Exteriores, y solicita audiencia para entregar el original al soberano. Después de este acto de despedida, se despide también de los miembros del gabinete, de la familia real y del cuerpo diplomático, haciendo las visitas acostumbradas. Los encargados de negocios no tienen por lo común audiencia de despedida.

A los ministros que se retiran se les dan cartas *recredenciales* del soberano o del ministro de Negocios Extranjeros, según su clase. El objeto principal de estas cartas es manifestar que el gobierno con quien ha tratado queda satisfecho de su comportamiento. Cuando el ministro declara terminada su misión por alguna injuria o desavenencia y cuando se le despide, no hay *recredencial*. Pide solo su pasaporte.

(27) Sea cual fuera el valor de las reflexiones del señor Pinheiro sobre los privilegios de los ministros diplomáticos, es necesario saber las reglas que el derecho consuetudinario tiene establecidas en la materia; porque mientras existan no se puede quebrantar sin sufrir las serias consecuencias que acarrea la violación manifiesta de la ley internacional, Estas reglas pueden reducirse a las siguientes:

- 1) El ministro está exento de la jurisdicción del país en que reside.
- 2) En lo civil solo está sujeto a la jurisdicción de los tribunales, si se trata de bienes inmuebles, o de obligaciones que contraiga como comerciante, fabricante, etcétera, o si es súbdito del Estado cerca del que se halla acreditado, no habiendo renunciado éste su

imperio sobre él, o si se somete como actor a la autoridad de los tribunales. La regla que aquí establecemos comprende también a la comitiva del ministro.

- 3) Si el ministro comete algún crimen, éste puede ser privado o público. Si es privado, el gobierno puede manifestarle su disgusto o prohibirle que se presente en la Corte, o pedir su retiro y su castigo según la gravedad del caso. Si el crimen es de Estado, se le despidе y aun se le aprisiona y se le conduce escoltado hasta la frontera: pero no hay derecho de aplicarle pena.
- 4) Los ministros de primera y segunda clase tienen jurisdicción sobre su comitiva. Esta jurisdicción, por lo que mira a lo civil, consiste en autorizar sus testamentos y contratos y en recibir por sí, o por medio del secretario de la legación, sus declaraciones, cuando el ministro de Relaciones Exteriores manifestare que algún juez o tribunal las necesita; o mandar que la presten ante el mismo juez o tribunal. Por lo que mira a lo criminal, si se ha cometido algún delito en el interior de la casa, puede enviar al culpable a su patria para que sea castigado y aun aprisionarlo, permitiéndolo la costumbre; pero si el delito se ha cometido fuera, su juzgamiento pertenece a la autoridad local, y en este caso el ministro, para no comprometer sus respetos, despide comúnmente de su servicio al reo. Cuando algún individuo de la servidumbre del ministro comete faltas contra las leyes de policía fuera de su morada, se le prende si fuere necesario y se pide al ministro su corrección. Véanse las leyes 5. y 7. tit. 9 de la Nov. Recop.
- 5) Todo ministro diplomático goza de inmunidad de impuestos, excepto los que gravan sobre los bienes raíces, los establecidos para la conservación de caminos, puentes, etcétera, y para el aseo público. Respecto de los derechos de aduana se sigue el uso de cada país. Por la ley 8 del título y libro citados

se declara que gozan franquicia de derechos para la introducción de sus equipajes por el término de seis meses, contados desde el día en que se haga la primera introducción.

- 6) Gozan también de inmunidad de morada, en virtud de la cual la autoridad pública está impedida de ejercer actos de jurisdicción dentro de la casa y carruajes de un ministro. Pero esta inmunidad no se ha de confundir con el pretendido derecho de asilo. Si un criminal se acoge a la casa del enviado, el principio generalmente admitido es que se ha de solicitar cortésmente la extradición, sin perjuicio de tomar en el exterior medidas prudentes para embarazar la fuga; y que si no se le entrega, se puede allanar la casa, guardando con el ministro todos los miramientos que indica el texto.
- 7) Otra prerrogativa de los ministros diplomáticos es la libertad de culto, a lo menos dentro de su morada. Suele permitirse por tratados o por costumbre que aun personas extrañas a la legación participen dentro de la casa de esta libertad. Pero no se extiende hasta allí el privilegio, y se debe usar de él de manera que las ceremonias religiosas no llamen la atención pública, donde quiera que esté prohibido tan absolutamente como entre nosotros (Constit. art. 3.) el ejercicio de otra religión.

El goce de estos privilegios comienza desde que el ministro llega a la nación cerca de la que está acreditado; y no cesan, ni por guerra entre las dos Cortes, hasta su salida del territorio. En los Estados por donde transita disfruta de la *inviolabilidad y extraterritorialidad*. El pasaporte del soberano del lugar se tiene por suficiente declaración de estos privilegios.

La segunda regla manifiesta el sentido del artículo 118. atrib. 3ª de la Constitución peruana, que somete a la Corte Suprema el conocimiento *de los negocios contenciosos*

de los individuos del cuerpo diplomático. Esto no significa que en el Perú no gocen de inmunidad de la jurisdicción del país los ministros extranjeros, pues las leyes interiores de un pueblo no pueden alterar el derecho de gentes universal.

Al contrario, la Constitución reconoce íntegros los privilegios de estos personajes. Lejos está de pretender menzugar el respeto de que se hallan rodeados en todas las naciones. Mas como hay casos, según la citada regla 2^a, en que el derecho de gentes los somete a la autoridad judicial de la República, era necesario que señalase el tribunal que en esos casos excepcionales debiese juzgarlos. Y les señala el más alto tribunal que conocen las leyes: el que juzga a los ministros del despacho y al presidente del Estado. De modo que ni en las extraordinarias y rarísimas circunstancias en que los agentes diplomáticos pierden la inmunidad de jurisdicción, o tienen negocios contenciosos, permite la ley constitucional que se les confunda con el común de los habitantes; y así les da por otra parte la mayor garantía posible de la justicia y madurez de su juzgamiento. Véase el luminoso escrito que, como ministro de Relaciones Exteriores, publicó sobre esta materia el señor D. Felipe Pardo, con motivo de la reclamación del señor Serqueira Lima, ministro del Brasil, y el «Commentaire sur la constitution federal des Etats-Unis par J. Story, etcétera, augmenté de notes par Paul Odent».

- (28) Sobre la precedencia de los ministros diplomáticos, según el orden a que pertenezcan, hemos indicado ya (nota 24) la regla establecida en el Congreso de Viena. Mas cerca de la precedencia de los Estados, nada se resolvió; porque aunque una comisión presentó en la sesión del 9 de febrero de 1815 el proyecto que dividía las potencias en tres clases, habiéndose suscitado disputas sobre esta división, y principalmente sobre la clase en que se debía colocar a las repúblicas, se creyó prudente dejar la cuestión en su mismo estado.

Derecho de precedencia es el derecho de ocupar el lugar más honroso. Se considera lugar más honroso el primero, si todos están colocados en una línea; cuando las personas son tres el lugar más honroso es el del medio, después el delantero, al cual sigue el de atrás. Siendo dos las personas, el lugar de la que va delante es el primero. Si están colocados en dos líneas, el primero de la derecha tiene la precedencia. Alrededor de una mesa, el que está colocado frente a la entrada de la sala; los demás lugares se gradúan por su distancia de éste; entre los equidistantes, es más honroso el de la derecha. Para dos personas paradas o sentadas, el lugar de preferencia es del que ocupa la derecha del otro. En cuanto a los documentos públicos, el lugar más honroso es el de la potencia que primero se menciona, y para las firmas lo es el primero de la izquierda (que es la derecha del papel), después de este lugar el más honroso es el primero del lado opuesto, luego el segundo del dicho lado izquierdo, etcétera.

He aquí las únicas reglas en materia de precedencia. Los Estados católicos conceden la precedencia al Papa, como cabeza de la Iglesia. Aun los protestantes convienen en esto por cortesía. En el Congreso de Viena procedieron conforme a esta regla los embajadores de Rusia y Gran Bretaña.

El emperador *romano-germánico* tenía la precedencia sobre todas las potencias cristianas. Rusia no consideró este punto como decidido respecto de ella y la Puerta Otomana ha pretendido siempre la igualdad perfecta, que al fin ha sido estipulada.

Las repúblicas ceden la precedencia ordinariamente a los emperadores y a los reyes. Sin embargo, Inglaterra, aun cuando se llamó república en tiempo de Cromwell, mantuvo su lugar. Se la ceden también a dichos soberanos aquellos que, aunque gozan de honores reales, no se titulan emperadores ni reyes.

Las testas coronadas de Europa tienen generalmente establecido el principio de igualdad, por más que haya habido y subsistan aún pretensiones de algunas a la precedencia.

Como excepción conceden la precedencia Portugal y Cerdeña a Inglaterra, a Francia y España; y Dinamarca a Francia.

Cuando dos soberanos o dos ministros de igual dignidad se visitan, el que recibe la visita cede la precedencia al otro. En los congresos de paz, el ministro mediador tiene la precedencia sobre los que representan a los Estados cuyas desavenencias se van a arreglar.

Los medios que se adoptan en los casos de disputa sobre precedencia son: declarar que cualquier lugar será considerado el primero, convenir en la *alternativa*, esto es, en ceder unas veces el lugar y tomarlo otras. (Este principio está comúnmente adoptado en los documentos públicos. Cada potencia tiene la precedencia en el ejemplar que se le entrega.) Presentarse el soberano de *incógnito*: enviar un ministro de clase inferior a la de aquel que pretende la precedencia; no aparecer en las ocasiones de ceremonia y, en fin, ceder exigiendo *reversales*. Véase a Martens.

