

Derecho Constitucional Filosófico

LECCIONES DADAS EN LA FACULTAD
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

Biblioteca
constitucional
del bicentenario

■ Luis Felipe
Villarán

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Derecho Constitucional Filosófico

Derecho Constitucional Filosófico

LECCIONES DADAS EN LA FACULTAD
DE CIENCIAS POLÍTICAS Y ADMINISTRATIVAS

Biblioteca
constitucional
del bicentenario

■ Luis Felipe Villarán

FONDO EDITORIAL DEL
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Colección: “**Biblioteca Constitucional del Bicentenario**”

Número de colección: 15

© TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ
FONDO EDITORIAL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
Los Cedros núm. 209 · San Isidro · Lima, Perú.

DERECHO CONSTITUCIONAL FILOSÓFICO
© Luis Felipe Villarán Angulo

Editor: Alfredo Orlando Curaca Kong

Segunda edición, diciembre 2025

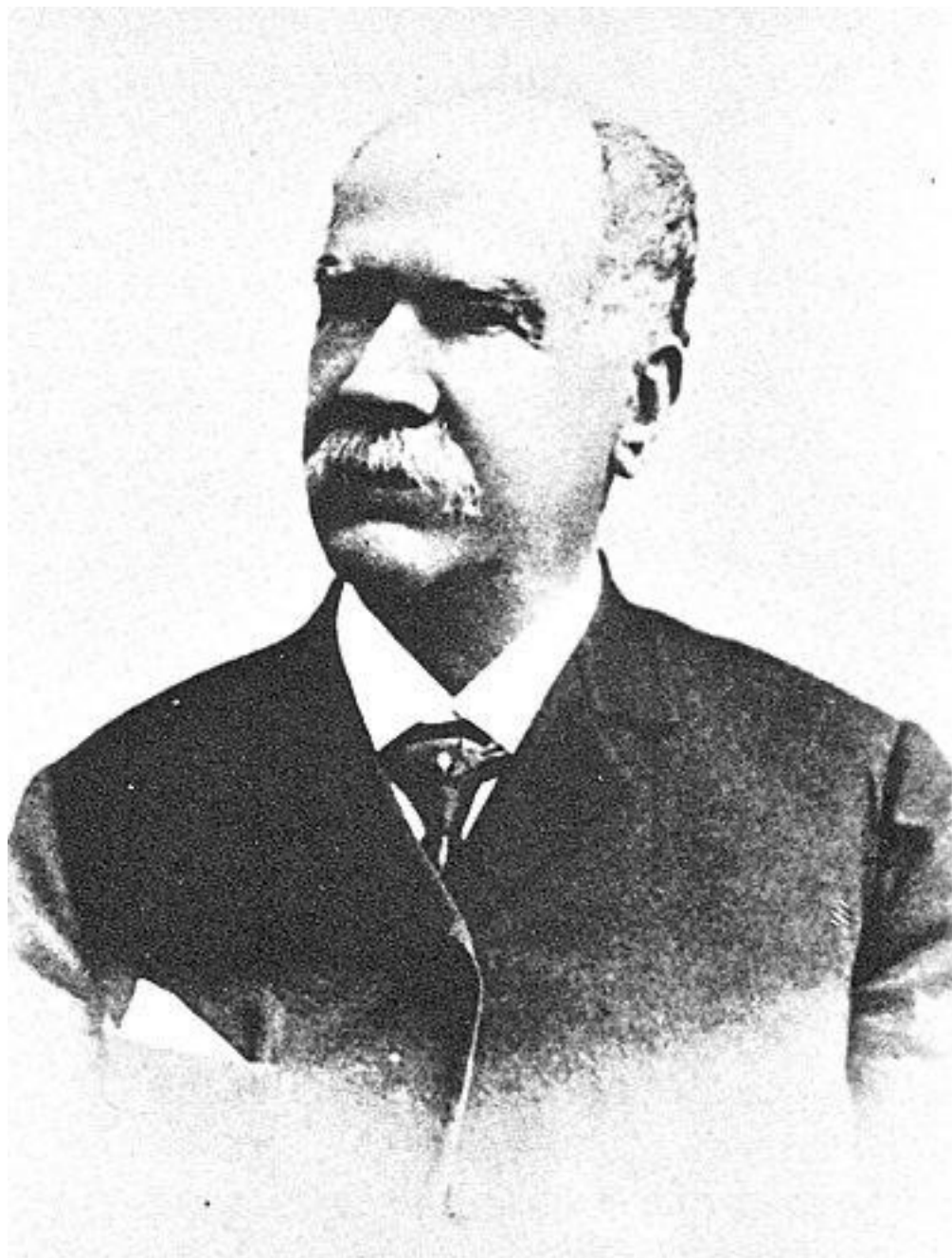
Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú: N° 2025-15114

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

Impreso en Perú

Tiraje: 300 ejemplares

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



Luis Felipe Villarán Angulo

(Lima, 1845 - Lima, 1920)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ

Presidenta

Luz Pacheco Zerga

Vicepresidente

Helder Domínguez Haro

Magistrados

Francisco Morales Saravia
Gustavo Gutiérrez Ticse
Manuel Monteagudo Valdez
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 GENERAL

Presentación:

Don Luis Felipe Villarán: maestro de generaciones	
César Ochoa Cardich.....	17

PRIMERA PARTE: Principios Generales

LECCIÓN I. Sumario: Fundamentos morales de la justicia - Derecho - Relaciones humanas regladas por el Derecho - División de la Ciencia del Derecho - Objeto preciso de la Ciencia Constitucional - Importancia del estudio de esta Ciencia.	27
---	----

11

LECCIÓN II. Sumario: Formación de los Estados - La voluntad no es el origen filosófico de las sociedades -Teorías de Rousseau y Hobbes - Fin inmediato de la sociedad civil - La sociedad puede restringir los derechos de los asociados para la realización del fin común - Regla fundamental a que debe sujetarse esa restricción	35
--	----

LECCIÓN III. Sumario: Soberanía - En quien reside - Limitación de la soberanía - Falsa teoría de Rousseau sobre la amplitud del poder soberano - Error que entrañan las escuelas socialistas, histórica y la doctrina del Derecho divino de los reyes - La sociedad no es un fin en sí misma - Delegación de la soberanía pública.....	43
---	----

LECCIÓN IV. Sumario: Origen de las constituciones escritas - Necesidad de ellas - Su objeto preciso - La Constitución debe declarar los derechos primordiales de los individuos y del Estado y establecer las bases fundamentales de la organización política - La Constitución es reformable - Poder Constituyente - En quien reside - Opiniones sobre el particular.....	51
---	----

SEGUNDA PARTE: Derechos Sociales

LECCIÓN V. Sumario: La igualdad civil es condición para la unidad nacional y se funda en la naturaleza del hombre - Desigualdad de condiciones - La igualdad civil tiene aplicación en todos los círculos del derecho - Cómo debe entenderse la igualdad política..... 61

LECCIÓN VI. Sumario: Libertad individual - Diversas manifestaciones de la libertad - Seguridad personal - Regla general relativa a la aprehensión y detención - Aprehensión y detención preventivas - Procedimiento en Inglaterra - Regla generalmente adoptada - Inviolabilidad del domicilio - Fórmula general de la libertad de acción. 67

LECCIÓN VII. Sumario: Derecho de libertad religiosa - Libertad de conciencia - Libertad de cultos - Los títulos de la verdad en materia de religión, no autorizan la proscripción de los falsos cultos - La libertad de cultos no compromete el orden social - Independencia de la Iglesia..... 75

12

LECCIÓN VIII. Sumario: Libertad de enseñanza - Es un derecho individual y social - Manera de conciliar ambos derechos - Intervención del Estado en la instrucción primaria - Ella es obligatoria y debe ser gratuita - Intervención de la autoridad en las enseñanzas media y facultativa. 83

LECCIÓN IX. Sumario: Libertad de la prensa - Importancia especial de este derecho - Injusticia de la censura - Otras medidas preventivas injustas - Cuáles de este género pueden ser adoptadas - Necesidad del juzgamiento por jurados para los delitos de imprenta..... 91

LECCIÓN X. Sumario: Fundamentos del derecho de propiedad - Doctrinas que desconocen este derecho - Utilidad de la propiedad privada aún bajo el aspecto social - Limitaciones del derecho de propiedad, por la naturaleza de los objetos y por razón de penalidad y utilidad pública - Expropiación forzada e impuestos..... 99

LECCIÓN XI. Sumario: Libertad de industria - Injusticia de los privilegios - Otras medidas injustas - Sistema proteccionista - El socialismo en orden del trabajo - Limitaciones de la libertad de industria. 107

LECCIÓN XII. Sumario: Derecho de asociación - las medidas preventivas y represivas respecto de este derecho - Legislación belga - Derecho de petición - Restricciones de este derecho. 115

TERCERA PARTE: Derechos Políticos

LECCIÓN XIII. Sumario: Nacionalidad - Antiguo principio del lugar de nacimiento - La nacionalidad de los padres determina la de los hijos - Naturalización - Derechos y obligaciones de los nacionales - Extranjeros domiciliados y transeúntes - Derechos y obligaciones de los extranjeros o leyes a que están sujetos. 121

13

LECCIÓN XIV. Sumario: Necesidad universalmente reconocida de los Poderes Públicos - Desenvolvimiento histórico y orden lógico de los tres poderes - Independencia entre ellos - La separación no puede ser absoluta - No puede existir un poder conservador aparte. 129

LECCIÓN XV. Sumario: El pueblo debe elegir a sus mandatarios - Como debe entenderse el principio del sufragio universal - Condiciones para ser elector - Del sufragio indirecto - Del modo de votar - Representación de las minorías. 139

LECCIÓN XVI. Sumario: Formas simples de gobierno - Injusticia que ellos envuelven - Formas mixtas: impropiedad de su denominación - División de las formas de gobierno, en gobiernos absolutos y representativos - Manifestaciones de la soberanía pública, cuyo ejercicio no se delega a los mandatarios. 149

LECCIÓN XVII. Sumario: Bases fundamentales del gobierno representativo: el principio democrático y la delegación - La constitucionalidad, la elección, la alternabilidad y la responsabilidad son condiciones necesarias del sistema - Cuestión relativa a la mejor forma de gobierno - La monarquía constitucional y la república. 159

LECCION XVIII. Sumario: Necesidad de la dualidad de Cámaras - Cámara de Representantes o Diputados: condiciones de elegibilidad, duración y principio que representa - Cámara de Senadores - Elegibilidad, duración, origen..... 169

LECCION XIX. Sumario: Atribuciones especiales de las cámaras; publicidad de las sesiones; quorum - Inviolabilidad e inmunidad de los representantes; incompatibilidades - Responsabilidad política del ministerio; interpelaciones. 179

LECCION XX. Sumario: Ley: clasificaciones de las leyes: modo de dictarlas - No retroactividad de las leyes: círculo de acción de ellas - Derogación: respecto de que leyes son irrenunciables los derechos que conceden - Caracteres intrínsecos y externos de las leyes. 189

LECCION XXI. Sumario: Unidad del Poder Ejecutivo: duración del cargo: reelección: vicepresidente - Atribuciones del Ejecutivo en el orden legislativo: iniciativa: veto: disolución de las cámaras - Atribuciones ejecutivas propiamente dichas. 199

LECCION XXII. Sumario: Ministros: Consejo de Ministros: funcionarios subalternos - Administraciones consultiva y contenciosa - Responsabilidad ministerial: qué hechos comprende - Imposibilidad para formar una ley sobre la materia: quien juzga a los ministros: penas: responsabilidad del presidente en las repúblicas. 207

LECCION XXIII. Sumario: Independencia del Poder Judicial - Nombramiento e inmovilidad de los jueces - Jurados - Juzgados unipersonales y Tribunales. 217

LECCION XXIV. Sumario: La diversidad de jurisdicciones, cuantía, grados y territorio - Necesidad y extensión del procedimiento: tribunales de excepción: publicidad; motivación de los fallos gratuidad de la justicia: responsabilidad judicial - Ministerio Público.	227
LECCION XXV. Sumario: Independencia municipal - Organización comunal en los Estados Unidos de América y en Bélgica.....	233
LECCION XXVI. Sumario: Necesidad de la fuerza pública: opiniones de Montesquieu y B. Constant - Peligros que ofrece el ejército permanente - Principios sobre que debe reposar la organización de este - Guardia Nacional: su organización - Gendarmería.	239

PRESENTACIÓN

Don Luis Felipe Villarán: maestro de generaciones

Como director general del Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, me resulta muy grato presentar en esta ocasión el libro de una ilustre figura de nuestra patria: Luis Felipe Villarán (1845-1920), abogado, jurista, político, diplomático, legislador y, sobre todo, maestro “conductor de juventudes”¹. Este prominente constitucionalista peruano de la segunda mitad del siglo XIX e inicios del XX, fue hijo de Matías Villarán González y Carmen Angulo Jiménez. Provenía de una casta de abogados, pues su abuelo Manuel Villarán y Barrena fue un connotado jurista de los últimos tiempos del virreinato y primeros de la República, quien llegaría además a ocupar el cargo de decano del Ilustre Colegio de Abogados de Lima durante la independencia del Perú². Igualmente, su padre y su tío, Manuel Vicente Villarán González, fueron notables abogados.

Continuando la tradición familiar, en 1861, Luis Felipe Villarán comenzó a estudiar jurisprudencia en el Convictorio de San Carlos y alcanzó el grado de bachiller en el año 1864. Dos años después obtuvo el título de abogado con la tesis titulada “De la realización del fin social”³, que sustentó a la temprana edad de 21 años. En su actividad

- 1 DE LAVALLE, Juan Bautista. *Luis Felipe Villarán. El maestro, el jurista, el magistrado. Discurso pronunciado por el doctor Juan Bautista de Lavallo, en la sesión solemne en homenaje a la memoria del Dr. Don Luis Felipe Villarán organizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos de Lima*. Librería Francesa Científica y Casa Editorial de E. Rosay, Lima, 1923, p. 6. <https://goo.su/GZ1Zbrl>.
- 2 VILLARÁN, Manuel Vicente. *Vida y pensamiento de Luis Felipe Villarán*. Lima: Gil S. A. Impresores, 1845, pp. 9-10.
- 3 RAMOS NÚÑEZ, Carlos. Presentación al libro *La Constitución peruana comentada* de Luis Felipe Villarán. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional, Lima, 2016, p. 13.

forense fue un orador elocuente, directo y brillante, comprometido en defender las causas justas y tomar el caso de personas desvalidas⁴, a quienes incluso defendió de manera gratuita. Su hijo Manuel Vicente Villarán, otro ilustre abogado peruano que continuó con la tradición de la familia, lo recordaba como litigante con las siguientes palabras:

Sus oraciones forenses brillaron por la nitidez de las ideas, la naturalidad y la parquedad en la exposición. Decía que la mitad de la defensa consiste en plantear claramente el problema en debate. Desarrollaba sus argumentos sin rodeos, digresiones, artificios ni adornos retóricos. Su palabra, siempre animada y viva, era a veces vehemente, guardando severa cortesía con el adversario. Fluía de sus expresiones, de su gesto y de su cálida voz una intensa nota de convicción y de sinceridad, que era el mejor y más eficaz componente de su elocuencia.⁵

18

De las múltiples facetas de la vida de don Luis Felipe Villarán, resalta su papel de maestro en el convictorio que lo formó, que más tarde sería parte de la Universidad de San Marcos. En 1868, cuando apenas contaba con 23 años, fue nombrado por resolución suprema suscrita por el ministro de Instrucción y futuro presidente de la Corte Suprema, Bernardo Muñoz y Castillo, catedrático adjunto del curso de Derecho Natural, Constitucional, Administrativo y Estadística en la Facultad de Jurisprudencia, cargo en el cual, como anota Juan Bautista de Lavalles:

[...] el insigne maestro consagra de manera ejemplar su actividad y entusiasmo a la enseñanza del derecho y al prestigio de la Universidad ‘en cuyos claustros, pudo decir, en su primera memoria de Rector, ha corrido casi medio siglo de mi vida durante el cual he acumulado el inestimable tesoro de consideraciones y de afectos de dos generaciones que actúan brillantemente en todas las esferas de la vida nacional’⁶.

4 Villarán, op. cit., p. 13.

5 Ibíd. Citado también por Carlos Ramos Núñez en: Ramos Núñez, op. cit. p. 14.

6 De Lavalles, Op.Cit., p. 11.

El catedrático principal de ese curso era el también notable orador, abogado y jurista Luciano Benjamín Cisneros. En los primeros meses de aquel 1868, don Luciano fue designado ministro de Estado por el presidente José Balta, por lo que, ante la vacante producida, esta fue ocupada por Luis Felipe Villarán. Posteriormente, al retorno del profesor Benjamín Cisneros a los claustros universitarios, Felipe Masías, otro destacadísimo jurista del siglo XIX, autor del libro *Breves nociones de la ciencia constitucional* y, en ese momento, decano de la facultad, le dirigió un oficio al joven Villarán, en el que consignó lo siguiente:

La Facultad y el que suscribe han quedado muy complacidos por la contracción y esmero con que ha desempeñado Ud. el cargo de profesor de Derecho Natural y Constitucional durante el pasado año escolar, y me es grato decirle que se ha hecho Ud. acreedor a la estimación de sus coprofesores y alumnos, y que se le tendrá presente para aprovechar de sus servicios tan luego como se presente la oportunidad.⁷

Como apunta su hijo, Manuel Vicente, la oportunidad no tardó en llegar, pues Benjamín Cisneros volvería a solicitar licencias en muchas ocasiones⁸, hasta que dejó de enseñar por completo en la universidad, por lo que la cátedra quedó finalmente a cargo de su padre.⁹ Posteriormente, en el año 1875, Villarán padre fue nombrado catedrático principal de Derecho Constitucional e Internacional en la recién creada Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad San Marcos, en la que dictó casi de manera ininterrumpida hasta el año 1903, vale decir, por varias décadas. Y lo hace hasta ese año porque en este fue elegido vicerrector de ese centro universitario. Un par de años después, en 1905, y tras la muerte del rector Francisco García Calderón, asumió el rectorado de la Decana de América. Es reelegido

7 Villarán, op. cit., pp. 11-12.

8 Luciano Benjamín Cisneros, además de ser ministro de Instrucción, prestó servicios al Perú como diputado por Junín, por Huánuco, y ministro plenipotenciario en Italia y Francia. También fue decano del Ilustre Colegio de Abogados por muchos años.

9 Ibid., p. 12.

sucesivamente en este máximo cargo hasta 1915. Sin embargo, no culminó su último mandato por cuanto tuvo que jubilarse en 1914 en aplicación de la ley de incompatibilidades de esa época.

Como rector impulsó la publicación de la Revista Universitaria en reemplazo de los Anales de la Universidad de San Marcos, modernizó la biblioteca de la universidad y mantuvo sus fuertes lazos con el alumnado y profesorado, ahora desde la más alta investidura universitaria. Decía don Luis Felipe Villarán sobre la universidad lo siguiente:

Una Universidad tiene la obligación de existir para el público, para la nación, para el mundo.¹⁰

Como curtido y fecundo docente universitario, y también como rector, “Villarán conquistó el respeto y afecto de los estudiantes, porque les dio ejemplo de seriedad y conciencia en el cumplimiento del deber, y porque desplegó bondad y firmeza en sus relaciones con ellos, cualidades que, juntas, obran eficazmente sobre la segura intuición con que los jóvenes suelen juzgar a sus verdaderos directores”¹¹. Es que Villarán representaba “...esa sólida y selecta tradición de cultura jurídica y filosófica del Convictorio de San Carlos, al que debe el país una generación de varones sabios, virtuosos, creyentes y patriotas que honraron la vida pública y profesional del Perú”¹².

Dentro de esa generación hubo diversos personajes, algunos de los cuales cultivaron la ciencia constitucional, siendo su más notable discípulo su propio hijo, el ya nombrado Manuel Vicente Villarán, destacado jurista que es recordado por los importantes aportes realizados al derecho constitucional peruano a raíz de su conocida erudición, sus prolijas enseñanzas y de la publicación de diversas obras en esta disciplina jurídica, sobre todo de divulgación, sistematización y análisis

10 Ibid., p. 11.

11 Ibid., p. 36.

12 De Lavallo, op. cit, p. 13.

de los grandes problemas constitucionales de su época¹³ (Cuestiones generales sobre el Estado y el Gobierno; Posición constitucional de los ministros en el Perú; Lecciones de derecho constitucional, obra póstuma que reúne sus lecciones universitarias; y Páginas escogidas, obra póstuma con prólogo de Jorge Basadre). Indudablemente, sus alumnos recibieron de don Luis Felipe la mejor enseñanza no solamente en el ámbito jurídico, sino también en lo político, filosófico, sociológico, histórico y más que todo en lo humano. Entre sus obras publicadas, siguiendo a Carlos Ramos, destacan Derecho Constitucional positivo (1875 y 1882), Lecciones de Derecho Constitucional peruano dictadas en la Universidad de Lima en 1898 (1898), La Constitución peruana comentada (1899, 1920 y 2016)¹⁴ y, por supuesto, la presente obra que republicamos: Derecho constitucional filosófico (1881).

Otra de las facetas relevantes de Luis Felipe Villarán fue la de diplomático, particularmente cuando se desempeñó como abogado y plenipotenciario *ad hoc* del Perú en las negociaciones con Ecuador y Colombia por las cuestiones limítrofes de aquella época. Como representante de nuestro país defendió con firmeza los intereses nacionales y, a la vez, persuadió a las partes para lograr un amistoso arreglo de los diferendos. Pese a ello, las tres naciones no lograron llegar a un acuerdo directo y decidieron someter la controversia a un arbitraje ante el rey de España a través de la firma del Convenio Tripartito de 1894. Al respecto, el citado De Lavalley destaca: “...en la gestión diplomática, la República tuvo a su servicio el prestigio de su claro talento y el desinterés de su gran corazón”¹⁵ y “...con toda la rectitud y bondad de su carácter Don Luis Felipe Villarán representó en la negociación a la vez que la firmeza de los derechos del Perú, los generosos propósitos de amistosa conciliación que franca y expresamente reconocieron los Plenipotenciarios de Colombia y Ecuador”¹⁶.

13 GARCÍA BELAUNDE, Domingo. Doctrina constitucional peruana en el siglo XX. En: *Historia Constitucional*, núm. 11, septiembre, 2010, p. 508.

14 Ramos, op. cit. p. 21.

15 De Lavalley, op. cit. p. 9.

16 *Ibid.*, p. 40.

Villarán también intervino en el ámbito político, pues en el año 1871 participó como organizador de la candidatura de Manuel Pardo para las elecciones presidenciales, para lo cual formó parte de la junta departamental organizadora de la elección en Lima y con posterioridad fue miembro del colegio electoral. Todo esto, con el anhelo de construir una verdadera República, alejada de las turbulencias políticas y golpes de Estado presentes desde los albores de nuestra independencia. Más adelante ejerció diversos cargos en el Estado como los siguientes: en 1876 fue elegido senador suplente por Lima; en 1878 senador por Piura, luego reelegido por la misma región en 1886 y 1894; en 1886 desempeñó también el cargo de ministro de Justicia, Culto e Instrucción. Como tal, suscribió el Reglamento General de Instrucción Pública con el fin de impulsar a los colegios nacionales y dotarlos de una infraestructura necesaria.

22

Mención especial merece destacar el papel de magistrado desempeñado en la Corte Suprema de Justicia de la República desde 1903, donde formó colegiados con los magistrados Eguiguren, León, Villanueva, Figueroa, Castellanos, Espinosa, Almenara, Ribeyro, entre otros. Años después, en enero de 1911, fue elegido presidente de este supremo tribunal, pero una dolencia acaecida al poco tiempo le imposibilitó ejercer efectivamente la presidencia¹⁷. Como magistrado, Villarán formulaba dos ideas fundamentales: que la competencia de los tribunales ordinarios de justicia debe ser universal, por cuanto los fueros especiales o de excepción ponen en riesgo las garantías de la libertad individual, salvo en el caso de los tribunales militares, que son inherentes a la institución de los ejércitos. Que en la organización constitucional resulta indispensable reconocer la independencia del Poder Judicial para asegurar la eficacia de la potestad judicial y otorgarle la función de mantener y cautelar la constitucionalidad, al limitar los excesos de los otros poderes y proteger los derechos de los ciudadanos¹⁸.

17 Villarán, op. cit., p. 61

18 De Lavallo, op. cit., p. 60

El Fondo Editorial del Tribunal Constitucional, que gestiona el Centro de Estudios Constitucionales, anteriormente ya ha publicado una de las importantes obras de Luis Felipe Villarán, denominada La Constitución peruana comentada, centrada en analizar la Constitución más longeva de nuestro país: la Carta de 1860. En este caso, publicamos otra importante obra de este preclaro peruano, constituida por sus lecciones dadas en la Facultad de Ciencias Políticas y Administrativas de la Universidad de San Marcos, publicada en el año 1881 a través del sello editorial Imprenta de J.F. Solís. Esta obra se inserta en la colección Biblioteca Constitucional del Bicentenario, que rescata textos de nuestro constitucionalismo clásico, con lo cual sumamos un título más para permitir a los lectores tomar conocimiento de nuestra tradición jurídica en materia constitucional.

En tal sentido, invitamos a los lectores a revisar este valioso libro, pieza clave de nuestro constitucionalismo histórico, que está dividido en tres partes: una primera parte llamada *Principios generales*, en la que se desarrollan diversos temas como los fundamentos morales de la justicia, el Derecho, la división de la ciencia del Derecho, el objeto de la ciencia constitucional, la importancia de su estudio, la formación de los Estados, la teorías de Rousseau y Hobbes, la soberanía, el origen de las constituciones escritas, su necesidad, su objeto preciso, la noción de poder constituyente, en quién reside y opiniones sobre el particular. Una segunda parte denominada *Derechos sociales*, que aborda el concepto de igualdad que se funda en la naturaleza del hombre y es condición para la unidad nacional, la libertad individual y sus diversas manifestaciones, las reglas relativas a la aprehensión y detención preventivas, el derecho de libertad religiosa, de conciencia, de culto, la libertad de enseñanza y el rol del Estado, la libertad de prensa y su importancia especial, los fundamentos del derecho de propiedad, la libertad de industria y el derecho de asociación. Y, finalmente, una tercera parte que titula *Derecho político*, en la que Villarán ofrece importantes y variadas lecciones sobre la nacionalidad, la naturalización, los derechos y obligaciones de los nacionales, la separación y el desenvolvimiento histórico de los poderes, la elección de mandatarios, el principio de sufragio universal, las condiciones para ser elector, la representación de la minoría, las formas de gobierno, las bases fundamentales del gobierno representativo, entre otras.

El ex director general del Centro de Estudios Constitucionales, Carlos Ramos Núñez, sostuvo en su momento sobre el autor de estas importantes lecciones lo siguiente: “Dentro de la nómina breve pero descollante de constitucionalistas del siglo XIX (la que incluye nombres valiosos como José Silva Santisteban, Toribio Pacheco, José María Químper, entre otros), Luis Felipe Villarán destaca, sin duda, como uno de los más importantes que haya dado nuestro país”¹⁹. Es que resulta indudable que Luis Felipe Villarán fue una de las figuras claves y ejemplares de la ciencia jurídica peruana, uno de esos peruanos que no mueren, porque la historia siempre los recuerda y los recordará. La obra aquí publicada da testimonio de su sabiduría y sus convicciones.

Por último, debo expresar mi reconocimiento a la presidenta y a los magistrados del Tribunal Constitucional integrantes del actual colegiado, siempre interesados en los temas académicos y dispuestos a colaborar con el Centro de Estudios Constitucionales en todas sus actividades. También al equipo editorial del Centro de Estudios Constitucionales, a cuyo cuidado ha estado la edición de esta valiosa obra, que nuevamente sale a la luz para el conocimiento de nuevas generaciones.

24

Lima, diciembre de 2025

CÉSAR OCHOA CARDICH

Director General del Centro de Estudios Constitucionales

19 Ramos, Op. Cit., p. 13.

PRIMERA PARTE

PRINCIPIOS GENERALES

LECCIÓN I

SUMARIO: - Fundamentos morales de la justicia - Derecho - Relaciones humanas regladas por el derecho - División de la Ciencia del Derecho - Objeto preciso de la Ciencia Constitucional - Importancia del estudio de esta Ciencia.

La conciencia o sea el sentimiento de lo que pasa en nuestro espíritu, y la observación de lo que se realiza en los demás hombres, nos revelan la existencia de un gran número de fenómenos psicológicos, fuente de fecundas enseñanzas.

27

Los juicios que todos forman sobre las acciones así propias como ajenas, y la consiguiente aprobación o desaprobación de ellas; las ideas de mérito y demérito; la convicción de la necesidad de recompensa para la virtud y castigo para el vicio, la complacencia que produce el espectáculo del bien y la indignación que inspira el crimen; la satisfacción moral y el remordimiento y otros muchos hechos de que todos tenemos conciencia, son manifestaciones incontestables de la creencia universal y profunda de que somos responsables de nuestros actos.

La convicción de esta responsabilidad ha menester de una doble base: la noción del deber, de una ley inmutable a cuyas prescripciones debemos subordinar nuestra conducta, y el sentimiento de la libertad, de ese poderío sobre nosotros mismos, que nos hace árbitros de nuestras determinaciones.

Y en efecto: no se podría calificar de buenos o malos los actos humanos, si no existiera en el espíritu, un tipo, una regla, a la cual referimos esos actos, encontrándolos en virtud de esa comparación, conformes o contrarios a ella. Esa regla existe: ella ha sido indeleblemente

gravada en la conciencia: es la luz siempre brillante, que nos guía en el camino de la vida.

La responsabilidad de los actos humanos, supone además la existencia de la libertad. Los seres físicos no son responsables de su vida; la necesidad de sus movimientos excluye la responsabilidad; solo al ser dueño de su actividad que se determina por sí mismo, puede tomarse cuenta de sus obras.

El deber y la libertad, son las dos inamovibles bases sobre las que descansan todas las verdades que se refieren a la vida moral del hombre. Desconocerlas o desnaturalizarlas siquiera, es destruir todo el orden moral, y vano será el esfuerzo que se emplee, para establecer aquellas verdades sobre otros fundamentos:

La noción del Derecho y sus fecundos desenvolvimientos, tienen también su fuente y su explicación en los dos grandes principios de la ley moral y la libertad humana.

28

El cumplimiento de las prescripciones de esa ley, dictada en armonía con la naturaleza libre del hombre, es la importante misión que éste ha recibido en la vida, y ese sometimiento a los preceptos morales, no importa el sacrificio de la libertad, porque ésta obedece a sí misma, cuando se determina después de que la inteligencia delibera.

El hombre debe pues, dirigirse libremente al fin que se le ha impuesto, y si tal es su misión obligatoria en la tierra, es evidente que con ella ha recibido, además la autorización bastante para impedir que se le estorbe en su tarea, y aún para exigir de sus semejantes la cooperación que necesita a causa de su propia deficiencia.

Estamos convencidos de que la misma ley obligatoria que rige nuestra vida, impera sobre los demás, y que la libertad de que nos sentimos dotados existe en nuestros semejantes. Tal identidad de condición, da a todos el mismo título para exigir que no se impida el libre ejercicio de su actividad, y esta autorización común, origina, como consecuencia necesaria, el deber de cada uno, de respetar la personalidad de los demás y aún de prestarles el socorro necesario para su conservación y perfeccionamiento.

Esta autorización y esta necesidad; este poder y la obligación que engendra, son los elementos constitutivos de la noción del Derecho, subjetivamente considerado. Como obligación, la justicia es uno de los preceptos de la ley general, es esa misma ley refiriéndose a un determinado orden de relaciones entre los hombres. Como facultad, es una consecuencia de la misma ley, es un medio que ella concede, para que sus preceptos sean cumplidos. En gran número de casos, el ejercicio de esa autorización, está preceptuado por el deber y no nos es dado renunciar a ella.

Pero el derecho no absorbe toda la vida del hombre. Una gran parte de la actividad individual no tiene una relación inmediata y decisiva, en la realización del fin de los demás, y el bien y el mal que en ese orden se operan, solo tienen su sanción en el terreno moral. La parte condicional, indispensable, y que siempre se revela por hechos externos, es la que se halla bajo el imperio de la ley jurídica y es el objeto de las obligaciones que esta impone.

29

Como el derecho regla las relaciones entre los hombres, para hacer una división lógica de las partes de la ciencia que se ocupa de estudiar sus preceptos, debemos investigar cuales son los órdenes de las relaciones en que el hombre se encuentra con sus semejantes.

Existen relaciones entre los hombres, individualmente considerados o en orden a sus intereses particulares:

- La familia, hecho universal y constante, da origen a relaciones especiales entre los individuos que la forman;
- La reunión de familias forma la sociedad civil; la nación: en ella hay dos series de relaciones muy notables;
- Las que ligan al individuo con la sociedad;
- Las que mantienen con la autoridad o el gobierno de la sociedad, respecto de la organización y de la acción de esa autoridad;

Finalmente median relaciones entre las diversas naciones y entre cada nación y los miembros de las otras.

Las relaciones entre los individuos, particularmente considerados y las que nacen de la familia, son la materia del Derecho Privado o

Civil. El Derecho Civil se subdivide en Derecho Civil Común, Derechos Especiales y teoría del Procedimiento Civil

Las relaciones internas de la nación, esto es, las que ligan al individuo con la sociedad, y la que conserva con la autoridad, en cuanto a la organización y acción de esta, constituyen la materia del Derecho Público Interno. Esta ciencia se divide en Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Derecho Penal.

El Derecho Constitucional regla las relaciones del individuo con la sociedad en general, declarando los derechos de aquel y estudiando su amplitud; (derechos sociales) establece los principios fundamentales relativos a la organización del poder público y a sus atribuciones, y determina la participación que a los asociados corresponde en el ejercicio de ese poder. (derechos políticos)

30

El Derecho Administrativo estudia en detalle, la organización de uno de los ramos del poder público (la administración) y dicta las reglas que norman su acción respecto de los intereses sociales (materia administrativa).

El Derecho Penal, se ocupa de determinar los actos que deben prohibirse como criminales, y las penas con que deben ser reprimidos.

Las relaciones entre las naciones, o sea la determinación de sus derechos y deberes recíprocos, y las relaciones, o derechos y deberes de una nación con los súbditos de otra, son la materia del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado.

Cada uno de los términos en que se divide la Ciencia del Derecho, ofrece un triple aspecto de investigación y de estudio: el examen especulativo de los principios que la razón establece, en conformidad, con la naturaleza individual y social del hombre; el estudio histórico de las instituciones y de las leyes que han regido a los pueblos, de sus diversos cambios y de los hechos que los han motivado; y finalmente el conocimiento de las leyes e institucionales que rigen actualmente a la sociedad y a sus miembros.

Determinar la extensión de la libertad individual en el seno de la sociedad, o sea el límite del poder social sobre cada uno de sus

subordinados, es sin duda el más importante y el más serio de los problemas que la Ciencia del Derecho debe resolver. La sociedad es el resultado de la naturaleza humana, los instintos, el convencimiento, mantienen al individuo en el seno de ella, que bajo formas más o menos perfectas existe desde que hubo dos hombres sobre la tierra. La sociedad es un hecho general, ineludible, pero no puede existir sin orden, y el orden es el resultado del sometimiento de cada uno a reglas fijas, que le señalen lo que debe hacer y lo que debe omitir. Cual sea la extensión de esa esfera en que cada uno puede moverse libremente, tal es el problema cuya solución corresponde a la Ciencia Constitucional.

No basta para la existencia ordenada de la sociedad, ni es suficiente al individuo para llenar sus fines en el seno de ella, señalar los límites de la libertad del primero y de la facultad restrictiva de la otra. Necesario es, ante todo, determinar la manera como deben establecerse las reglas a que esas relaciones deben sujetarse y cómo deben cumplirse. Constituir un poder, que dicte las leyes y que las haga cumplir, garantizando al individuo el goce pacífico de la libertad, y a la sociedad el mantenimiento del orden, es la tarea complementaria de la misma ciencia. Al llenarla, debe señalar la intervención que al individuo corresponde en la constitución de ese poder y en el ejercicio de las funciones que se le delegan.

31

Lo primero, esto es, la determinación de las verdaderas relaciones del individuo con la sociedad es organizar ésta: lo segundo o sea el señalamiento de reglas para la constitución del poder, y respecto de la intervención que en las funciones que se le encargan, corresponde al individuo, es crear el medio para que la sociedad se conserve, y la libertad individual goce de garantías. La organización social es el fin, la organización política es el medio, y fácil es comprender que el segundo está subordinado en importancia al primero, y que su perfección y legitimidad dependen de la eficacia con que contribuye a la realización de aquel.

La importancia del estudio de la ciencia, que tan trascendentales problemas soluciona, es tan obvia como su objeto. Creemos muy del caso, repetir aquí lo que sobre este punto dice Mr. Rossi:

“Señalar el objeto de esta ciencia es hacer palpable su utilidad, digamos más, su necesidad.

Nadie podría ponerla en duda, para el publicista y el jurisconsulto, para todos aquellos que aspiran a servir a su país, en la legislatura, en el orden judicial, en la administración, en la enseñanza del derecho.

Pero no habría exageración en sostener que todo ciudadano, disfrutando de algunos goces, debe empeñarse en conocer, si no todos los detalles y todas las cuestiones secundarias a que dan origen, al menos los principios fundamentales de las leyes constitutivas del país.

Es la ley fundamental la que nos traza la extensión de nuestras obligaciones cívicas y de nuestros derechos: en ella se reasumen a grandes rasgos, los resultados del trabajo social y político de la nación. Ella es su patrimonio y su historia, el bien de todos, el derecho de todos.

El conocimiento exacto, sincero de lo que existe, es igualmente indispensable para aquellos que desean trabajar concienzudamente en la consolidación de las instituciones, y para aquellos que, más ardientes por la causa del progreso, juzgan de buena fe, que el presente no debe jamás ser mirado sino como el punto de partida para el porvenir. Los unos y los otros tienen necesidad de estudio, de examen y de trabajo. La admiración y el desdén, serán igualmente irracionales, si no están fundados en un examen concienzudo y desinteresado de la cosa que se desdeña o que se admira.

Hay más: el estudio profundo de las instituciones nacionales y de las garantías políticas, contribuye a despertar y mantener vivo el sentimiento de su importancia. Se forma así entre las instituciones y los hombres ese lazo moral, sin el cual nada es sólido ni regular, sin el que no hay ni celo en la defensa de lo que existe, ni espíritu de adelanto en las reformas.

Es también por el estudio de las instituciones, que se reconoce todo lo que la patria espera de nosotros, todo lo que le debemos de esfuerzo, de desinterés, de sacrificio de nuestras voluntades individuales y de nuestros intereses particulares.

Sería un grande y funesto error el de imaginar que el mecanismo constitucional puede bastarse así mismo; que la máquina después de haber recibido la primera impulsión, puede funcionar sola; que puede prescindirse de las inclinaciones y de las pasiones del hombre y no demandar el concurso de las voluntades.

La salud y la prosperidad de las naciones no se alcanzará a tan poco costo.

¿Qué sería la mejor de las constituciones, sin el sentimiento del deber, sin el interés de la cosa pública?

¿Qué sería la garantía del juramento sin la religión?

33

¿Y la garantía de la elección, si los electores, preocupados por intereses particulares olvidasen sus deberes políticos?

¿Y la institución de las asambleas deliberantes, si como ha sucedido más de una vez hiciesen imposible por su ausencia toda reunión, toda deliberación?”

LECCIÓN II

SUMARIO: - Formación de los Estados - La voluntad no es el origen filosófico de las sociedades -Teorías de Rousseau y Hobbes - Fin inmediato de la sociedad civil - La sociedad puede restringir los derechos de los asociados para la realización del fin común - Regla fundamental a que debe sujetarse esa restricción

La vida social, según las enseñanzas de la historia es un hecho constante. La sociedad se presenta primero en las tribus nómadas conducidas por un jefe y dedicadas a la guerra, a la caza o al cuidado de los ganados. Bajo una forma menos imperfecta, las tribus adquieren una morada y viven unidas por algún interés común, como la defensa del territorio conquistado. La federación se muestra así, como el primer paso dado en el sentido del adelanto. La forma unitaria aparece más tarde, mediante la elevación de un guerrero o de un conquistador, que ejerce un poder absoluto sobre las tribus confederadas, que lo eligen o lo aceptan como rey.

No es necesario estudiar las transformaciones de la vida social después de constituidos los estados. Ellas son las manifestaciones de un trabajo lento y laborioso de progreso, y mediante el cual, en las épocas modernas, la organización social y política de los pueblos, descansa sobre las sólidas bases de la igualdad civil y de la libertad individual.

La sociedad bajo las formas groseras de la primera época, es evidentemente el resultado del instinto. Las necesidades imperiosas de la unión, agrupaban a los hombres para emprender conquistas y procurarse los medios de subsistencia. Las ventajas que ofrecía un suelo

fértil o un clima benigno, determinaban su instalación en determinados parajes, pero conservando cada grupo o tribu, su natural independencia, hasta que un hecho de armas, o la ambición o la fuerza de un combatiente, daba origen a un poder central absorbente e ilimitado. Nada hay que descubra a través de estas transformaciones, el influjo de la inteligencia, nada existe de espontáneo, todo es necesario y ciego como el instinto de la unión.

Las instituciones y las leyes que los hombres se dieron, cuando su organización unitaria estuvo consolidada; las reformas frecuentes y más o menos radicales introducidas en su manera de ser social y política, revelan ya el predominio de elementos superiores, de ideas menos imperfectas acerca de la justicia y de los derechos del individuo y de la comunidad. La espontaneidad aparece entonces, como fuerza organizadora de las sociedades. Las reformas, los adelantos es lo único en gran manera voluntario y libre en la vida social: la congregación y sus formas primitivas son el producto de la necesidad y del instinto.

36

Estos datos ciertos y en lo sustancial uniformes, respecto de la formación y el desenvolvimiento de las sociedades, persuaden del error histórico de que adolecen todas las teorías, que ven en la sociedad un hecho exclusivamente voluntario, producto de un acuerdo, y posterior a un primitivo estado de aislamiento y absoluta independencia entre los hombres.

Rousseau ha dado a esta doctrina una forma científica, que fue adoptada casi unánimemente por los autores de derecho posteriores a él, y que merece ser conocida y refutada.

El estado primitivo del hombre es, según Rousseau, de absoluta libertad, consecuencia de su naturaleza. En ese estado, su primera ley es velar por su propia conservación y siendo él solo, juez, respecto de los medios propios para conservarse, es por esto mismo árbitro y señor de sí propio. Pero llegan los hombres a un punto en que los obstáculos que dañan su conservación en el estado de naturaleza, inutilizan por su resistencia, las fuerzas que cada individuo puede emplear para mantenerse en esa situación: entonces ese estado primitivo no puede subsistir y el género humano perecería, si no mudase su modo de existir.

Así como los hombres no pueden crear nuevas fuerzas, sino solamente unir y dirigir las que existen, tampoco tienen otro medio para conservarse, sino el de fomentar por agregación una suma de fuerzas que pueda ponerlos en estado de resistir, de moverse por un solo móvil y hacerlos obrar de concierto.

Esta suma de fuerzas no puede nacer sino del concurso de muchos, pero siendo la fuerza y la libertad los primeros instrumentos de la conservación de cada hombre, ¿cómo podrá empeñarlos sin hacerse daño y sin desprestigiar los cuidados que se debe así mismo? Esta dificultad se puede enunciar en los términos siguientes: “Hallar una forma de asociación, que defienda y proteja con toda la fuerza común, la persona y bienes de cada asociado, y por la cual uniéndose cada uno a todos, no obedezca sino así mismo y quede tan libre como antes.” Tal es el problema cuya solución suministra el contrato social.

Las cláusulas de este contrato, que se hallan perfectamente determinadas por la naturaleza misma del acto, se reducen a una sola a saber “la enajenación total de cada asociado con todos sus derechos, a toda la comunidad, porque dándose cada uno enteramente la condición es igual para todos y siendo así ninguno tiene derecho de hacerla onerosa “para los otros.”

37

Haciéndose la enajenación sin reserva, la unión es tan perfecta como puede ser y ningún asociado tiene nada que reclamar. Cada uno dándose a todos, no se da a nadie y como suponemos que no hay ningún asociado, sobre el cual no se adquiriera el mismo derecho que él tiene sobre los otros, se gana el equivalente de lo que se pierde y más fuerza para conservar lo se tiene.

Falso bajo el aspecto histórico, este sistema aún como supuesto filosófico, es inaceptable, porque se halla en oposición con la naturaleza humana, para la cual la sociedad es una necesidad, que siempre ha sido satisfecha, una ley cuyo imperio no ha podido suspenderse, un deber que siempre ha sido cumplido.

Las inclinaciones, el cálculo del bienestar, la noción de la justicia, únicos motivos de nuestras determinaciones y que por consiguiente han dirigido la actividad humana en todas las épocas, bajo todos los

climas y a través de todas las evoluciones, han mantenido al hombre en la vida social y lo conservarán en ella mientras exista sobre la tierra. No se puede establecer para explicar algún aspecto de la vida humana, un hecho o una hipótesis contraria a la naturaleza del hombre. La explicación misma participaría, del vicio de que adolece el principio de que parte.

El pacto es, además, insuficiente para explicar la vida social. Expreso o tácito, sería obligatorio para la generación que lo celebró, pero de ninguna manera para las generaciones posteriores. Y no se diga que ese pacto se renueva constantemente, y que cada hombre que viene al mundo se somete a sus cláusulas, porque no todos los hombres aceptan de buena voluntad las instituciones del pueblo en que nacen; muchos se rebelan contra ellas, se colocan en abierta lucha con la autoridad y la ley y ¿con qué título se castiga entonces al criminal que revela con sus hechos su oposición al orden establecido? Y aún respecto de aquellos que aceptan la organización social, ¿esa aceptación es acaso deliberada, espontánea? La obediencia social, irreflexiva en los incapaces de reflexión, es obligatoria para todos y requerible por la fuerza. No hay ningún instante en la vida del individuo, en que tenga éste el poder de consentir o no en la sumisión a la autoridad, y por lo mismo esa obediencia no es el resultado de su voluntad tácita.

De los mismos errores adolece la teoría de Hobbes, que, partiendo del falso principio del egoísmo, erigido en motivo único de nuestras determinaciones, y en regla suprema de moral y de justicia, llega, mediante una serie de consecuencias de una lógica incontestable, al estado de guerra, de una guerra de cada uno contra todos y de todos contra cada uno, como el estado natural el hombre. Pero ese estado, según el mismo sistema, es el peor de todos los estados posibles y del cual es necesario salir a todo trance para llegar a la paz, bajo cualesquiera condiciones. La sociedad o agregación de individuos, en cuyo seno exista una fuerza bastante poderosa, para impedir la guerra entre los asociados, es el estado apetecible y legítimo. Hobbes encuentra dos medios de formación de las sociedades: el contrato, en virtud de la cual, los individuos persuadidos de los inconvenientes y peligros del estado de guerra, convienen en constituir una fuerza superior a la de

los individuos y bastante poderosa para comprimir las fuerzas particulares y mantener la paz; o la fuerza o la astucia de uno que consigue imponer su autoridad.

No es necesario que repitamos aquí, las consideraciones que hemos opuesto al pacto de Rousseau, y que son perfectamente aplicables al primer modo de formación de las sociedades, que Hobbes reconoce y acepta como legítimo. Pero ¿la fuerza del que logra imponer su autoridad, será acaso el origen legítimo de la vida social, es decir de la obediencia que se debe al poder, y sin la cual no existe la sociedad? ¿y todo lo que esa autoridad ordena y solo lo que ella ordena es justo como Hobbes lo establece? ¿es la fuerza la fuente de la justicia?

“La sociedad de Hobbes, dice Jouffroy no es realmente una sociedad, sino una agregación forzada de individuos; estos individuos no obedecen, ellos ceden, no se ejerce sobre ellos autoridad sino compresión; las leyes que los unen no son leyes sino cadenas; es decir que todas las palabras que designan las principales relaciones engendradas por el estado de sociedad, pierden acepción propia, y tienen otra, cuando se las aplica al estado social imaginado por Hobbes y derivado de su sistema. Y la razón es obvia: consiste en que la verdadera sociedad implica verdaderos derechos y verdaderos deberes; verdaderos contratos y verdaderas promesas, una verdadera obediencia, una verdadera autoridad y verdaderas leyes, y todo esto es imposible sino existe nada de bueno en sí. Todo sistema pues, que suprime el motivo moral, no está menos condenado a alterar la idea compleja de sociedad, como altera todas las demás ideas elementales que ella encierra o supone”.

Conocido el origen de la sociedad, necesario nos es determinar su objeto preciso y los medios que puede legítimamente emplear para alcanzarlo. Para resolver este doble problema, debemos ante todo examinar los elementos que constituyen la sociedad.

El elemento que podemos llamar material, en la composición de las sociedades, es la agregación de individuos ligados por la comunidad de origen, de lenguaje, de configuración física, de intereses o sentimientos. Esa identidad de origen de naturaleza y de historia, es el lazo que constituye la unidad de la nación o pueblo. Pero para que esa unidad natural, sea una personalidad jurídica, esto es alcance, y

conservar una existencia propia, al lado de los otros pueblos, y tenga en sí misma los elementos de vitalidad que solo pueden ofrecerle el orden y la regularidad de su constitución, es necesario erigir una voluntad ilustrada que dirija su acción, y una fuerza suficientemente poderosa que la haga respetable. La ley, que declara los derechos generales de la comunidad y los especiales de sus miembros, y determina su amplitud, y la autoridad que defiende unos y otros con la fuerza de que dispone, son el elemento jurídico de la sociedad civil. Esta comunidad de leyes y de gobierno, son el lazo que forma la unidad jurídica o el Estado.

La sociedad civil, esta agregación de individuos, ligados por la unidad de leyes y de gobierno es absolutamente necesaria para el hombre. La integridad de la persona, o sea el respeto de los derechos del individuo, es la condición indispensable para todo desarrollo y perfección. La fuerza aislada de cada uno, no basta para rechazar los ataques que la pasión y el interés originan, y es necesaria una fuerza superior a la fuerza de los individuos, para sostener a cada uno dentro del límite de su derecho. La sociedad civil, satisface esta necesidad y ella es la única que puede satisfacerla.

40

Bajo este punto de vista, la vida social puede ser impuesta coactivamente, es una obligación jurídica. Nadie puede sustraerse a la obediencia de una autoridad y de una ley, porque esa obediencia es la única garantía de la conservación del derecho de los demás.

El fin preciso e inmediato de la autoridad y de la ley, o sea de la sociedad civil, es pues la conservación de los derechos de los individuos y la sociedad es obligatoria como lo es el fin que se propone.

El Estado no puede tener otro fin y cualquiera otro que se le asignara no sería obligatorio. La libertad individual, solo puede ser legítimamente limitada, cuando daña el derecho ajeno, pero mientras no es obstáculo para la realización del fin de los demás, es ilimitada y absoluta. El bien y el mal que se practican sin daño de otro solo encuentran su sanción en la conciencia, y el mayor o menor grado de estimación que alcanza, pero ningún medio de coerción puede ser justamente empleado. Esta amplitud de la libertad individual, no desaparece en la

vida social, porque la colección de los hombres no tiene más derechos que los que corresponden a los individuos que la forman.

El único medio de que la sociedad dispone en último término, es la fuerza, y la fuerza no puede ser empleada tratándose de otros fines o de otros deberes diversos de los de la justicia.

Ni justa ni eficaz sería la coacción para llevar al individuo a la realización de un fin religioso, científico o comercial, y libre como es el hombre tratándose del cumplimiento de estos fines, la sociedad no se presentaría como jurídicamente obligatoria, si se propusiera la realización de alguno de ellos, independientemente del fin jurídico.

Mediante la conservación de los derechos, fin inmediato de la sociedad civil, el individuo consigue en la vida social, los demás fines a que su naturaleza aspira, de la manera más perfecta posible. Pero la realización de esos fines o el cumplimiento de los deberes que imponen es la obra de su esfuerzo espontáneo, de su actividad libremente dirigida. Ciertamente es que, para llenar esta tarea, se une voluntariamente con sus semejantes, y forma asociaciones, que tanto respecto de su formación, como de su organización son esencialmente voluntarias. La sociedad civil no interviene de una manera directa en esa obra de la actividad individual o común, porque ni es ese su objeto ni cuenta con los medios que para ello necesitaría.

La autoridad y la ley, se limitan a dispensar a esa actividad la protección que justamente requiere, pero permanece extraña a sus manifestaciones. Ella deja al interés personal, a los estímulos individuales la dirección de esa actividad, y al amparo de esa garantía de libertad, el individuo y las asociaciones especiales que forma, llenan su labor de trabajo y progreso.

La sociedad para conservarse y llenar su fin, necesita de medios que solo los asociados pueden proporcionarle. ¿Tiene aquella derecho para exigirlos de estos? ¿Hasta qué punto puede restringir en su provecho los derechos de que los individuos gozan? Este problema, como ya lo hemos indicado, es el que la Ciencia Constitucional se propone resolver, y esa solución es el objeto de todos sus estudios, pero desde luego podemos establecer las reglas fundamentales que deben

servirnos de norma, en todas las investigaciones relativas a esa gran cuestión.

La sociedad existe para conservar los derechos de los individuos, de manera que contrariaría su propio objeto si destruyera algún derecho particular en bien de los demás asociados. Conceder tal facultad a la autoridad social, sería desconocer el carácter de inviolabilidad inherente a todo derecho. Necesario es, sin embargo, encontrar el título legítimo, con que la sociedad restringe el derecho y la libertad individuales en bien común.

El individuo no puede ejercer sus derechos y gozar en consecuencia de los bienes que ese ejercicio proporciona, sino mediante la protección, eficaz y constante que la sociedad le dispensa. La sociedad es un bien irrenunciable. Pero si para que ésta exista y pueda dispensar esa protección, es absolutamente indispensable que el individuo protegido, ceda en bien de todos parte de los beneficios que alcanza bajo la salvaguardia de la autoridad y de las leyes, es indudable, que tal limitación de los derechos individuales, es requerida por la naturaleza de estos mismos derechos, por su manera de ser en la sociedad, que los declara y garantiza.

42

Hallándose la razón justificativa de la limitación de los derechos individuales, en la naturaleza misma de ellos, es incontestable que tal restricción se encuentra determinada por la cantidad de bien que se recibe en cambio, y por la necesidad de la sociedad para conservarse y llenar su objeto. Concluimos pues que “la sociedad puede restringir el derecho del individuo, en la medida de su necesidad y con tal que conceda el equivalente de lo que quita, a fin de conciliar el bien de todos con la menor restricción de cada uno” o con tal que “no demande en sacrificios más de lo que concede en protección.

LECCION III

SUMARIO: - Soberanía - En quien reside - Limitación de la soberanía - Falsa teoría de Rousseau sobre la amplitud del poder soberano - Error que entrañan las escuelas socialistas, histórica, y la doctrina del Derecho divino de los reyes - La sociedad no es un fin en sí misma - Delegación de la soberanía pública.

La sociedad civil, no puede existir sin una voluntad que la organice y conserve el orden, impidiendo los ataques a los derechos. ¿Pero cuál es el órgano de esa voluntad? en quién reside? tal es el importante problema de la soberanía, que tantas discusiones ha suscitado en el mundo científico y merecido tan variadas soluciones.

Las ideas que tenemos adquiridas acerca del derecho de cada hombre, de su fuente y su amplitud, contienen los datos suficientes para responder a la cuestión.

Si la naturaleza libre del hombre es el título de su derecho, todos los hombres tienen los mismos derechos. Ninguno puede exigir de los otros más de lo que constituye su obligación: cada uno puede ejercer su actividad, hasta el punto en que se toca con la libre actividad de los otros. El derecho se limita por el derecho: “la libertad es igual a sí misma» Cualquiera que sea el estado en que se considere al hombre, necesario es reconocer esa igual condición que a todos coloca al mismo nivel en el terreno del derecho. La libertad de cada uno es igualmente respetable y soberana. En la sociedad civil esa igual condición subsiste; nada hay que la haga desaparecer o la menoscabe. Igualmente, libres, todos tienen idéntico título, para tomar parte en el arreglo y dirección de la sociedad que a todos interesa igualmente.

“El principio de la soberanía del pueblo dice, Constant no puede ser contestado. La ley tiene que ser la expresión, o de la voluntad de todos o de algunos. ¿Ahora bien, cuál sería el origen del privilegio exclusivo que se concediera a este pequeño número? Si es la fuerza, ésta pertenece a quien se apodera de ella, no constituye un derecho y sí se la reconoce como legítima, lo es igualmente cualesquiera que sean las manos en que se encuentre, y cada uno querrá conquistarla a su turno.

Si se supone el poder del pequeño número, sancionado por el asentimiento de todos, este poder se funda entonces en la voluntad general.”

“Demandar a quien pertenece la soberanía, dice Berriat de Saint Prix, es preguntar que voluntad puede dirigir al pueblo entero, sea por sí mismo sea por intermediario. ¿Preguntamos a quien pertenece el derecho de manejar los asuntos de una persona dada? A esta persona misma se responderá sin vacilar, o a aquel que haya sido encargado por ella de representarla. Ya se trate de una sociedad comercial, de una familia, de un común, de un pueblo entero, el razonamiento es el mismo. El mayor número de los interesados puede complicar y hacer más difícil el arreglo de sus comunes intereses, pero no puede despojarlos de sus derechos. La nación sola, es pues árbitra para determinar la forma de su gobierno: en eso no hace ella otra cosa que encargar a uno o a muchos mandatarios de la gestión de sus intereses.

44

La soberanía es un poder limitado: “Hay, al contrario, dice B. Constant, una parte de la existencia humana que de necesidad queda individual e independiente y que se halla fuera de toda competencia social. La soberanía no existe sino de una manera limitada. En el punto donde comienza la independencia de la existencia del individuo, se detiene la jurisdicción de esta soberanía. Si la sociedad traspasa esta línea, se hace tan culpable como el déspota, que no tiene otro título que su espada opresora: la sociedad no puede excederse de su competencia sin usurpación; la mayoría sin ser facciosa.”

“No hay autoridad ilimitada sobre la tierra; ni la del pueblo, ni la de los hombres que se llaman sus representantes, ni la de los reyes cualquiera que sea el título con que reinen, ni de la ley, que no siendo

sino la expresión de la voluntad del pueblo o del príncipe, según la forma de gobierno, debe estar circunscrita dentro de los mismos límites que la autoridad de que emana.”

“Estos límites están trasados por la justicia y por los derechos de los individuos. La voluntad del pueblo no puede hacer justo lo que es injusto. Los representantes de una nación, no tienen el derecho de hacer lo que la nación misma no puede hacer. Ningún monarca cualquiera que sea el título que reclame, sea el derecho divino, el derecho de conquista o el asentimiento del pueblo, posee un poder sin límites. Dios que interviene en las cosas humanas, no sanciona sino la justicia. El derecho de conquista, no es sino la fuerza, que no es un derecho, puesto que corresponde a quien se apodera de ella. El asentimiento del pueblo no puede legitimar lo ilegítimo, desde que un pueblo no puede delegar a nadie una autoridad que no tiene.”

“Encerrando la soberanía del pueblo en sus justos límites quitáis al despotismo, sea de los individuos, sea de las asambleas, la sanción aparente que cree encontrar en un asentimiento que lo inspira, puesto que probáis que este asentimiento, aunque fuese real; no tiene el poder de sancionar lo injusto.”

45

La limitación de la soberanía por la justicia y los derechos del individuo, ha sido desconocida por Rousseau en su teoría del contrato, si la sociedad es el resultado de un convenio, la voluntad es la única fuente de toda institución y de toda ley. Nada hay superior a esa voluntad, nada que la limite y la regle. “En todo estado de cosas, un pueblo es siempre árbitro para cambiar aún sus mejores leyes; pues si le place hacerse mal así mismo ¿quién es aquel que tiene el derecho de impedirselo?”

No se ocultaba a Rousseau la necesidad de garantizar a la sociedad contra los dictados caprichosos y no siempre saludables de su propia voluntad, y creyó encontrar esa garantía en la enajenación absoluta y sin reserva que cada individuo hace de toda su persona a la comunidad. “Dándose cada uno de una manera absoluta, la condición es igual para todos y ninguno tiene interés de hacerla onerosa para los otros: dándose a todos no se da a nadie; cada uno adquiere sobre todos los asociados los mismos derechos que les cede, y gana el equivalente de todo lo que pierde con más fuerza para conservar lo que queda.

Si falsa es toda teoría que deriva de la voluntad esencialmente variable y sin título alguno para obligar, los principios inmutables y obligatorios de la justicia, ineficaz de todo punto es cualquiera medida con que se trate de garantizar al individuo y a la sociedad de los abusos de esa voluntad arbitraria. La enajenación absoluta de derechos de que Rousseau nos habla es insuficiente. “Olvida Rousseau que todos estos atributos preservatrices, que confiere al ser abstracto que llama el soberano resultan de que este se componga de todos los individuos sin excepción. Pero tan luego como el soberano tiene necesidad de hacer uso de la fuerza que posee, es decir, tan luego como es preciso proceder a una organización práctica de la autoridad, como el soberano, no puede ejercerla por sí mismo, la delega y todos estos atributos desaparecen. La acción que se ejerce a nombre de todos, estando necesariamente a la disposición de uno solo o de algunos sucede que dándose cada uno a todos, no es verdad que no se dé a nadie, se da al contrario A aquellos que obran a nombre de todos. Siguese de aquí que, dándose sin reserva, no es igual la condición para todos, puesto que unos aprovechan exclusivamente del sacrificio de los demás. No es cierto que nadie tenga interés de hacer la condición común onerosa a los otros, puesto que hay asociados que están fuera de la condición común. No es verdad que todos los asociados ganan los mismos derechos que ceden; todos no ganan el equivalente de lo que pierden y el resultado de lo que sacrifican es o puede ser el establecimiento de una fuerza que les quite lo que les queda.”

46

La teoría de Rousseau, conduce así al término opuesto a que pretende llegar. Creando un poder sin límites, poder que tiene que ser depositado en algunas manos, se establece el más absoluto despotismo. Obrando la autoridad en nombre de esa voluntad absoluta, existe la obligación de obedecerla en todo caso: siendo toda ley la manifestación de esa voluntad, expresada por el órgano legislador, toda ley es justa y obligatoria, y al obedecer, sin embargo, a esa autoridad despótica, a esa ley injusta, ¡cada uno se obedece así mismo según esta contradictoria doctrina!

Solo hay un medio de evitar el despotismo: reconocer la limitación de la soberanía. Ya sean uno, algunos o todos los depositarios de este poder, en ningún caso, se erigirá una autoridad absoluta, porque la

acción y la fuerza que se delega, es limitada, y ese límite lo trazan la justicia inmutable y los sagrados derechos del individuo.

Todas aquellas doctrinas que, desconociendo la verdadera fuente del derecho, la naturaleza libre del hombre, toman otro punto de partida y creen que la sociedad existe para sí misma y no para la protección de los derechos del individuo: que es en sí misma un fin y que el individuo, sus derechos y sus intereses, ocupan un lugar inferior a ella y les están subordinados, son necesariamente opuestas al principio de la soberanía general.

Ocupan el primer término entre esas teorías, la escuela socialista propiamente dicha, que ve como único criterio de la justicia las necesidades de la sociedad. Toda ley que tienda al bien social, es justa, es conveniente, aun cuando sus disposiciones importen el sacrificio del individuo.

La escuela histórica, que bajo muchos aspectos es una manifestación del socialismo, es también opuesta al dogma de la soberanía. Nada puede, nada debe hacer la voluntad general respecto de la organización de la sociedad, ni le es dado reformar o cambiar las instituciones y las leyes, porque el derecho de un pueblo se forma como su lengua instintiva irracionalmente. Los filósofos no tienen más influencia en la formación de su derecho, que la que tienen los gramáticos en la formación de la lengua. Cada institución contiene en germen todo lo que le sucede. Es preciso aceptar como viene esta generación de hechos.”--La misma escuela proclama y no puede dejar de proclamar, para llegar a tales conclusiones que el “hombre existe para la sociedad y por la sociedad. La sociedad es necesaria y tiene en sí misma su razón de ser. Ningún derecho existe anterior a ella ni fuera de ella: ella es la fuente y el origen de todo derecho.”

Nadie se ha afiliado con más entusiasmo a estas teorías, que tan abiertamente anonadan al individuo en el seno de la sociedad que José de Maistre: “No hay hombre en el mundo dice, yo he visto franceses, italianos, rusos. Sé, gracias a Montesquieu, que se puede ser persa, pero en cuanto al hombre, declaro no haberlo encontrado en mi vida, si él existe no me he apercibido de su existencia.”

Entre todas estas falsas teorías ninguna más notable por sus tendencias despóticas, que la del derecho divino de los reyes que por tanto tiempo imperó en el mundo. Según esa teoría, Dios ha hecho a los reyes, a los príncipes, sus lugartenientes sobre la tierra, a fin de investirlos de una autoridad sagrada e inviolable. La impiedad declarada y aún la persecución, no eximen a los súbditos de la obediencia que deben al príncipe. Ellos no pueden oponer a la violencia de los reyes, sino respetuosas representaciones sin motín ni murmullo, y oraciones para su conversión. No hay sino una excepción de la obediencia que se debe al príncipe, y es cuando él gobierna contra Dios.”

Hay un grave y trascendental error en todas estas teorías. No es cierto que la sociedad sea la fuente de toda justicia, que antes que ella y fuera de ella no haya derecho alguno. “El hombre debe estar en sociedad; ¿pero no lo está siempre y acaso no hay entonces derecho para él? ¿No existen relaciones de derecho entre dos individuos que por casualidad se encuentran en una isla desierta? no se deben ningún respeto? ¿suprimiremos todo lazo de derecho entre muchas familias patriarcales que viven las unas al lado de las otras, en un mismo territorio, sin estar unidas por ningún lazo social? ¿suprimiremos esas relaciones entre las tribus vecinas? ¿Las suprimiremos entre las naciones y entre los individuos, que pertenezcan a naciones diferentes? ¿será preciso negar todo derecho internacional?”

48

Estas observaciones son incontestables. El derecho nace en el individuo de su naturaleza libre, y con la sola condición de la coexistencia con otro u otros individuos de su especie. Esa coexistencia no es sin embargo sociedad. La idea de la sociedad supone algo más: la cooperación hacia un fin común por el empleo de medios comunes. En la sociedad o fuera de ella el hombre está obligado a procurar la realización de su destino; para llenar esa obligación puede exigir de sus semejantes, aun cuando ningún lazo social los una, que no le estorben el libre ejercicio de su actividad. Tal es la primera forma del derecho, forma negativa es cierto, pero que encierra todo el derecho natural. Este existe pues, antes que la sociedad y fuera de ella.

Si se erige la vida social en el criterio único y absoluto de toda justicia, tiene que llegarse a legitimar instituciones absurdas, condenadas

por el sentir universal. Grocio justifica la esclavitud, y en verdad la esclavitud no es opuesta a la sociedad, pero desconoce la dignidad y la libertad individuales.

Y si de este error común descendiéramos a las afirmaciones especiales de cada uno de estos sistemas, hallaríamos desnaturalizada las nociones de la justicia, del poder, de la obediencia social y hasta de la sabiduría infinita de Dios.

No ha sido posible en ninguna época, y mucho menos lo es en el estado actual de las sociedades, que puedan ejercer por sí mismas todas las funciones de la soberanía. No es posible hoy, que los ciudadanos se congreguen para hacer las leyes, ni mucho menos para dictar las medidas conducentes a su cumplimiento. Las funciones legislativa, ejecutiva y judicial, demandan la consagración completa de muchas inteligencias preparadas con estudios especiales, y numerosos auxiliares, jerárquicamente organizados, en los distintos departamentos en que se dividen las funciones públicas. La nación soberana, elige a mandatarios de su confianza para el ejercicio de esas funciones. Esta delegación no importa la abdicación de su soberanía; que continúa residiendo en ella, y en virtud de la cual no solo ejerce ciertas funciones que no deben ser encomendadas a un mandatario, sino que puede retirar sus poderes, cuando así lo exige su conservación y bienestar.

“Es preciso distinguir entre el derecho de soberanía y el ejercicio de la soberanía. De que el derecho de soberanía resida esencialmente en el cuerpo social, de que la soberanía sea inalienable e imprescriptible, como la libertad y la voluntad de cada uno de los individuos que forman la comunidad, no es necesario concluir que las sociedades libres y soberanas, no puedan nombrar mandatarios, a quienes confíen en todo o en parte el ejercicio de la soberanía. La consecuencia de su libertad y su soberanía es, al contrario, que puedan elegir los medios que crean mejores para ejercer su derecho de la manera más ventajosa al bien común. El ejercicio pleno y entero de la soberanía nacional por la comunidad, siendo generalmente reconocido por los publicistas como impracticable, es necesario que la sociedad lo delegue a mandatarios o representantes encargados de traducir la voluntad general y

de hacerla ejecutar. Esta delegación no es una abdicación. Los ciudadanos que componen un mismo cuerpo social, tienen la obligación de conservar, para ejercerla en común, la parte más grande posible de su soberanía; de no delegar en el todo, sino las partes que exigen un agente o agentes particulares; de encargar a uno solo o a muchos individuos de ejercer en su nombre la soberanía.”

LECCION IV

SUMARIO: - Origen de las constituciones escritas - Necesidad de ellas - Su objeto preciso - La constitución debe declarar los derechos primordiales de los individuos y del Estado y establecer las bases fundamentales de la organización política - La constitución es reformable - Poder Constituyente - En quien reside - Opiniones sobre el particular

“Las libertades humanas, dice Rossi, habían desaparecido o casi desaparecido de la superficie de la Europa. Como lo veremos más tarde, el poder absoluto era la regla general en la más grande parte de la Europa, o al menos allí donde no existía la forma del gobierno absoluto existía la de una aristocracia absorbente. En resumen, el privilegio dominaba en la organización de los Estados. Cuando llegó el momento de la reacción contra este orden de cosas, se ha exigido o formado lo que se llama constitución, es decir que se han restablecido las leyes de organización social y política, que se han creído más a propósito para garantizar los derechos de cada uno, las libertades naturales del hombre. Y como se trataba de abolir los privilegios constituidos en leyes y costumbres, como se trataba de dar vida a derechos que se creía extinguidos, fue ordinariamente por medio de la ley escrita como se ha querido conseguir este resultado. De aquí esos pactos entre el poder y el país, de aquí esas cartas y esa acepción especial de la palabra constitución. Es en este sentido que se dice hoy que tal país tiene o no una constitución. Esto quiere decir: en este país se ha hecho conquistas en materia de gobierno libre el imperio del privilegio ha cesado. En este sentido restringido, la constitución es la ley de los países libres, de los países que han escapado al reino del privilegio, y que han llegado a la organización de un pueblo poseedor de sus libertades.”

De acuerdo con las ideas de Rossi acerca del origen de las constituciones, su necesidad es incontestable. El objeto de la sociedad es garantizar los derechos de sus miembros. Para llenar ese fin, es indispensable que se dé una organización especial, determinando primero los derechos naturales de los individuos y creando una autoridad que los haga respetar. La acción de esa autoridad debe tener límites conocidos, pues si no lo son, se pone en peligro la realización del fin de la sociedad: los avances de la autoridad, y el sacrificio consiguiente de los derechos de los asociados, serán frecuentes e irremediables. Lo primero, porque la tendencia del poder al absolutismo es un hecho constante: lo segundo porque no estando claramente determinada la esfera de acción del poder, no es posible compelerlo a mantenerse dentro de una órbita que no es conocida. La división de los poderes públicos, como veremos a su vez, es una de las más importantes garantías de la libertad; esa división exige para ser efectiva, una clara determinación de las atribuciones de cada uno de los poderes, para impedir que los unos invadan la esfera de acción de los otros. Es necesaria, indispensable por consiguiente la regla que deslinde, las funciones de los Poderes. Sin ella no es posible establecer en la ley, ni hacer efectiva en la práctica, la responsabilidad de los gobernantes, y esa responsabilidad es la única sanción posible de los ataques a los derechos de los asociados.

La necesidad de las constituciones escritas, es hoy unánimemente reconocida por los escritores de Derecho. “La forma precisa y definida, dice Grimke, que la escritura da a nuestras ideas, la hace un auxiliar indispensable para reducir esas ideas a la práctica, y para esparcir su influencia sobre un país extenso. Si puede hallarse ejemplos, en que comunidades políticas han sido gobernadas con gran sabiduría, sin constituciones escritas, es porque se han acercado a tener algo semejante a un instrumento, que aunque imperfecto, ha adquirido la sanción de generaciones sucesivas de hombres, o porque tales comunidades han vivido en estrecha asociación, o han estado ligadas por una íntima alianza, con otras que tenían constituciones escritas, y estaban además obligadas por la liga de que eran miembros, a ser fieles y prestar obediencia a una constitución federal. El primer caso es el de Inglaterra, el segundo el de Connecticut y Rho de Island. Sin embargo, todos estos ejemplos prueban la gran fuerza de las constituciones escritas.”

Mediante las ideas que tenemos adquiridas, fácil nos es determinar el objeto u objetos precisos de una constitución.

En éste, hay que tener en cuenta tres órdenes de relaciones, fuentes de otras tantas especies de derechos. Relaciones recíprocas, o sean derechos y obligaciones del Estado y de los miembros que lo forman; derechos y obligaciones entre los asociados, en su carácter de individuos de la asociación, y derechos y obligaciones del Estado en sus relaciones con los otros Estados. La organización social consiste según esto, en la determinación de los derechos primordiales de estas diversas personalidades constitutivas del Estado, y esa determinación debe ser objeto de la ley fundamental.

La garantía de esos derechos, es el fin de la sociedad, y esa garantía no puede conseguirse sino se organiza un poder delegado de la voluntad general, que contenga a cada uno dentro de los límites de su derecho y lo compela al cumplimiento de sus deberes. Ese poder necesita de una organización adecuada a su objeto. Las bases de esa organización política, que es el medio para la conservación del fin social, es el segundo objeto que debe llenar la constitución.

La constitución según esto, es la ley que establece las bases generales de la organización social y política de los Estados.

La Constitución debe contener la declaración de los derechos primordiales del individuo y del Estado, porque la garantía de esos derechos es el fin de la sociedad, y no es conforme a un recto juicio, señalar los medios que conducen a un fin, y omitir la determinación de éste. Esa declaración es de una necesidad más imperiosa, respecto de la generalidad de los asociados, que ajenos a las teorías políticas, mirarían con indiferencia, tal vez, la ley fundamental, si en ella no estuvieran consignados los importantes derechos de la igualdad, la libertad en sus variadas manifestaciones, el respeto a la propiedad, y los demás que inmediatamente nacen de la naturaleza del hombre y que son tan caros para éste. El respeto a la constitución, es la más sólida garantía del bienestar social e individual, y es por lo tanto de una importancia indudable, la consignación en ella, de principios que inspiren a todos los espíritus, el deseo y la persuasión de la necesidad, de que la carta sea religiosamente obedecida.

Las bases o principios fundamentales de la organización política, deben así mismo estar consignados en la constitución, pero tanto en esta materia, como respecto de la declaración de derechos, debe prescindirse de los detalles. Estos son materia de las leyes secundarias u orgánicas y de los reglamentos administrativos.

Esta prescindencia es absolutamente indispensable. La aplicación de los principios a la práctica, no puede hacerse siempre del mismo modo: las circunstancias especiales en todo orden de intereses, varía con frecuencia y es necesario introducir modificaciones en las leyes, para proveer a las nuevas necesidades o vencer los nuevos obstáculos. Si la constitución no se limita a estatuir sobre lo fundamental, esto es, sobre aquello que por su naturaleza sea fijo e invariable, a lo menos por largas épocas, será preciso operar modificaciones frecuentes en la carta, y aún cambiarla a menudo totalmente.

54

Las repetidas reformas constitucionales la despojan del prestigio, que debe tener en el ánimo público, para que la obediencia que se le debe repose sobre una sólida base. ¿Qué fe puede tenerse en la verdad y la justicia de la constitución, si ella es objeto de constantes alteraciones? No puede inspirar un respeto sincero y firme, una constitución, que acaba de ser puesta en vigencia, y cuya conveniencia práctica es por lo mismo desconocida.

Cuando la constitución lo regla todo y nada o poco reserva a la acción de los Poderes Públicos, es sin duda objeto de repetidas infracciones por parte de éstos, que necesitan romper las trabas con que se embaraza el ejercicio de su autoridad, y esa violación de los preceptos de detalle, autorizará o por lo menos dará pretexto para la infracción de lo fundamental.

“Es necesario hacer de la constitución un código breve, que pueda ser fácilmente estudiado y conocido por todos los ciudadanos, y cuando los preceptos constitucionales no existen solamente en una ley escrita, sino en la memoria del pueblo, este es entonces un celoso guardián de su inviolabilidad.”

Los cambios que se operan en las condiciones de la existencia de los pueblos, debidas casi siempre al natural adelanto de las ideas, en

todas las formas de la actividad social, persuaden de la necesidad e inspiran el deseo de la reforma de sus instituciones. Ese deseo y esa necesidad se generalizan y adquieren más eficacia en los ánimos de los asociados, hasta el punto en que la reforma es generalmente reclamada.

La nación tiene entonces perfecto derecho para reformar su constitución. Soberana y poseedora siempre, de esa soberanía que no es enajenable, puede en ejercicio de su derecho, introducir los cambios que juzgue necesarios. La constitución existente, no le impide el ejercicio de su derecho, porque esa constitución es dictada por ella, y nadie puede obligarse así mismo. Ni tienen fuerza obligatoria para la nación los actos de su propia voluntad, ni hay autoridad que decida sobre la existencia de tal obligación.

Para con el gobierno existente no está ligada la nación de manera alguna. Aquellos en quienes delega el ejercicio de ciertas funciones, son mandatarios suyos y el mandato es por su naturaleza revocable. La delegación se hace en tal o cual forma, bajo tales o cuales condiciones, porque así conviene a los intereses de la nación, según su propio juicio en el momento en que nombra a su mandatario. Si esos intereses cambian y es necesario modificar las condiciones de la delegación y las instrucciones dadas al mandatario, en concepto de la misma, es evidente, que le asiste para hacer la modificación, el mismo título con que dictó las primeras bases y cláusulas del mandato.

Esta teoría, lógica consecuencia del dogma de la soberanía nacional, es hoy universalmente aceptada, por lo que creen como nosotros en esa soberanía.

Pero ¿quién debe operar la reforma en la constitución? Sobre este punto las opiniones no están acordes.

El Poder Constituyente es el órgano de la Nación, investido de la facultad de dictar la Constitución y reformarla.

Es cuestión vivamente debatida entre los tratadistas, si ese poder corresponde o no al legislativo.

Serrygni sostiene la afirmativa. “A primera vista, dice, seduce la idea de recurrir a ese poder soberano que se supone permanente y

disponible para los casos extraordinarios. Pero cuando se penetra más profundamente en la cuestión, se ve que esta doctrina es impracticable. En efecto: es imposible que una constitución política dure siempre sin cambio. Los acontecimientos humanos hacen nacer necesidades, que exigen mejoras, cambios en la organización de los poderes que dirigen la marcha de las sociedades políticas. Por otra parte, no es siempre fácil distinguir los actos de la soberanía, que no son sino consecuencias de la constitución, de aquellos que son modificaciones. La facultad de innovar se halla muy cercana a la de interpretar. ¿Quién tiene el derecho de interpretar el pacto fundamental? Evidentemente la soberanía organizada. ¿Cómo negarle el derecho de modificarla, sin traer luchas incesantes entre la soberanía organizada y la que no lo está? Se llega a esta alternativa o se impide para siempre todo progreso, toda mejora en la constitución política, negando a la soberanía organizada el derecho de operar la reforma; o se establece una lucha incesante entre esta soberanía legal y las voluntades individuales dispersas, que se exhibirían como la expresión de la voluntad nacional, y que no pueden producirse de ninguna manera regular fuera de la constitución establecida”.

56

“Se pretende, dice Pinheiro Ferreyra, que antes de ponerse a la obra, los representantes de la nación sean autorizados por esta, para emprender el trabajo de la reforma.”

¿Pero cómo la nación puede acordar estos poderes? Por el órgano de la mayoría de los electores, nos corresponden, las personas que sostienen esta doctrina”

“Sin embargo, todo el mundo sabe que no se puede tomar una resolución valedera, cuando no se tiene la aptitud de hacerlo con conocimiento de causa. Ahora bien, cualesquiera que sean las condiciones de capacidad electoral, requeridas por la ley, la gran mayoría de los electores será siempre incapaz de emitir con conocimiento de causa, una opinión sobre las ventajas o desventajas de la reforma proyectada.”

“Cualquiera que sea el número de los electores, la opinión de la mayoría que acuerda o rehúsa los poderes en cuestión, no puede ser jamás sino la opinión privada de una fracción de la nación y por consiguiente no podrá ser mirada como la expresión de la gran mayoría

de los hombres esclarecidos de la nación, pues estos no son la mayoría de los electores.”

“La ley fundamental, dice Belime, es superior A las otras leyes si se entiende por esto, que tiene un más alto grado de importancia, y que como toca a la garantía de todos los intereses, es más peligroso ponerla en debate; pero decir que no puede ser cambiada por el Poder Legislativo, es negar una de las principales ventajas de los gobiernos modernos, esto es, la posibilidad de entender gradualmente las libertades públicas, y colocarse al nivel de las circunstancias, sin que haya necesidad de recurrir el remedio extremo de las revoluciones.”

Berriat de Saint Prix, sostiene la incompetencia del Poder Legislativo para reformar la constitución. “La teoría rigurosa del mandato dice, conduce a una solución diferente. El mandatario evidentemente no tiene derecho para ensanchar o restringir los límites dentro de los cuales debe obrar. Es al mandante a quien compete exclusivamente aumentar o disminuir los poderes que ha conferido... ¿Se comprende acaso que diputados sin mandato especial, puedan privar a la masa de ciudadanos de sus derechos políticos, o retirar el Poder Legislativo a la asamblea de los representantes del pueblo para establecer alguna nueva combinación? El mandato dado por electores que no han recibido advertencia especial, basta para autorizar el voto periódico del impuesto, y la adopción de leyes ordinarias, pero no puede contener el poder de alterar las bases esenciales del Estado.”

Creemos con la mayoría de los tratadistas y en armonía con lo establecido en las constituciones de todos los pueblos, que el Poder Legislativo debe estar investido del poder constituyente. Las consideraciones que en contrario presenta Berriat de Saint Prix, carecen de fundamento, por cuanto siendo la constitución misma la que confiere al legislativo ese poder, y la que determina la manera de ejercerlo, no se toca con el inconveniente de que el mandatario modifique su propia autoridad, y sin el consentimiento del mandante las instrucciones que tiene recibidas.

SEGUNDA PARTE

DERECHOS SOCIALES

LECCION V

SUMARIO - La igualdad civil es condición para la unidad nacional y se funda en la naturaleza del hombre - Desigualdad de condiciones - La igualdad civil tiene aplicación en todos los círculos del derecho - Como debe entenderse la igualdad política.

Hemos concluido la parte general de nuestro estudio. En ella, han ocupado nuestra atención, las nociones preliminares sobre el origen del derecho, la clasificación de sus fuentes, el objeto preciso del Derecho constitucional y la importancia de su estudio. Respecto de la sociedad civil, de cuya organización se ocupa la ciencia cuyo estudio hemos emprendido, hemos investigado su origen, su fin, los medios de que necesita para llenarlo, y la amplitud de su derecho en relación con el derecho de los individuos de quienes tales medios exige; la teoría de la soberanía o sea la voluntad suprema que organiza la sociedad y dirige su marcha, y la naturaleza y condiciones de la ley fundamental, manifestación necesaria y primera de esa voluntad.

Debemos entrar pues a la parte especial del Derecho Constitucional, que como sabemos comprende dos objetos distintos. Del primero o sea del estudio de los derechos que la sociedad debe reconocer en los asociados, y cuya conservación es el fin que ella tiene que cumplir es del que debemos ocuparnos.

Antes de entrar en el estudio de esos derechos, debemos plantear y resolver un problema cuya solución es de gran trascendencia para el objeto de que nos ocupamos. ¿Ante el derecho es igual la condición de los hombres? ¿Debe la sociedad en consecuencia prestar a todos sus miembros las mismas facilidades o garantías, y respetar los resultados

que cada uno en proporción de sus fuerzas alcance? Tal es el problema de la igualdad civil o de la igualdad ante la ley, que debe ser la materia de esta lección, en la cual procuraremos reproducir las ideas de Peregrino Rossi, tan exactas como persuasivas.

“Lo que se llama unión en cuerpo político es una cosa muy equívoca; la verdadera es una unión de armonía que hace que todas las partes, por opuesta que parezcan, concurren al bien general de la sociedad, como las disonancias en la música, concurren al acuerdo total. En el acuerdo del despotismo asiático hay siempre una división real. El labrador, el hombre de guerra, el negociante, el magistrado, el noble no están juntos sino porque unos oprimen a los otros sin resistencia, y si en esto se ve unión, no son ciudadanos los que están unidos sino cuerpos muertos.

62

Rossi encuentra y realmente la hay, una verdad fundamental, en lo que concierne a la organización de los Estados, en las palabras que acabamos de repetir del gran publicista Montesquieu. Para que haya verdadera unión, no basta que esta exista aparentemente en el conjunto, es indispensable que la haya real y efectiva entre los elementos que constituyen el Estado. En los estados antiguos donde había ausencia de derecho, del respeto por el derecho de otro, de igualdad civil, no podía existir ese acuerdo verdadero, esa unión efectiva de que habla Montesquieu. No podía encontrarse, en los estados donde el principio dominante era en el fondo, la explotación del hombre, el envilecimiento de los unos en provecho exclusivo de los otros.”

“Fijad vuestra atención en la organización política de los Estados de la antigüedad, en todas partes y en todas las cosas encontrareis el mismo hecho general, el envilecimiento de los unos en provecho de los otros, el privilegio de un lado la esclavitud del otro. Aquí, lo veis con la historia en la mano, es una casta quien oprime a otra casta, allí es una ciudad la que oprime a las demás ciudades del Estado, más allá una provincia quien ejerce la tiranía sobre las demás provincias, más lejos es un Estado que se hace opresor de los otros Estados, que tienen la desgracia de aliarse a él: Atenas oprime a los Estados confederados desde que cuenta con fuerza y poder suficientes. El nombre de asociado del pueblo romano, se hizo al fin una especie de deshonra, de

insulto; los pueblos asociados del pueblo romano, eran entregados a merced de la municipalidad romana quien los explotaba únicamente en su provecho.

El régimen del privilegio, base general de la organización de los pueblos antiguos, se oponía así a la formación de las nacionalidades, porque impedía la unión real de los elementos que las constituyen. La igualdad civil, esto es el reconocimiento de los mismos derechos en todos los asociados y la concesión de las mismas garantías de respeto para estos derechos es la primera condición de estabilidad y de orden para las sociedades.

La igual condición de los hombres en el terreno del derecho, es además una verdad establecida por la naturaleza. Dotado el hombre de libertad y de fuerzas para dirigirse a su fin, es para él un deber ineludible ejercer indudablemente uno y otras, para llenarlo con la perfección posible, y ese deber es el título de un derecho. Cada hombre tiene así el legítimo poder de emplear su actividad, toda la actividad que la naturaleza le ha concedido en la prosecución de su destino. Evidente es que los resultados que los hombres alcanzan, mediante el ejercicio de su actividad, son diversos, porque distintos son los elementos activos de que están dotados; pero el deber y el derecho de emplearlos subsiste en todos, a pesar de esa variedad de fuerzas y de la consiguiente diversidad de resultados.

En la vida social es donde el hombre debe llenar su destino, allí cumple la obligación de perseguirlo sin descanso, allí debe ser respetado en su tarea. Es precisamente para que ese respeto sea efectivo, para lo que la sociedad existe, la autoridad se establece y las leyes se dictan. Si esa obligación y ese derecho son los mismos para todos los hombres, a pesar de su diversa actividad, las facilidades o garantías que las leyes prestan, deben ser iguales.

El principio de la igualdad civil bien entendido, no se opone a la desigualdad de condiciones en la vida social. Esta desigualdad en los resultados que los hombres obtienen por el empleo de su actividad, la establece la naturaleza al dotarlo de elementos desiguales de fuerza e inteligencia, y la sociedad y la ley no pueden ni deben contrariar esos designios. “Igualar, al contrario, arbitrariamente los resultados de las

diversas actividades individuales, no sería fundar ni sancionar la igualdad civil, sería precisamente lo contrario, sería destruir la igualdad, sería fundar el privilegio, en favor de aquellos que se encontraran menos ricamente dotados respecto de la energía de sus fuerzas individuales; sería atribuir arbitrariamente a los unos, una porción de lo que es el resultado de la actividad individual de los otros. ¿Y qué sucedería en esta hipótesis si fuera realizable? Se rompería el resorte de la actividad individual, por lo mismo que no se garantizaban los resultados a aquél que los había obtenido. Y entonces privada así de su principio de energía, privada de toda seguridad, la especie humana, en vez de avanzar en la carrera de su desenvolvimiento y de su perfección, caería en la apatía, en la miseria más profunda. Ella perdería hasta el recuerdo de su dignidad moral.”

“Esto no sería la igualdad civil, esto sería la desigualdad en provecho de los menos activos, de los menos enérgicos; esto sería no la igualdad de los hombres libres sino la igualdad de los esclavos, que viven de los mismos alimentos, son guardados en las mismas cabañas, cubiertos con los mismos harapos, cargados con las mismas cadenas, cualesquiera que pueda ser la diversidad de sus facultades intelectuales y físicas. Tal no es el fin de la organización social. El poder social tiene la misión de abrir una larga carrera a la actividad del hombre, de proteger los esfuerzos de cada uno, pero no tiene, no puede tener el derecho de distribuir de una manera arbitraria, lo que no le pertenece, de quitar a los unos el resultado de sus esfuerzos para atribuirlo arbitrariamente a aquel que no lo alcanza en la misma medida.”

La igualdad civil, tiene aplicación en todos los círculos del derecho, porque en todos ellos se ejerce la actividad individual. En el terreno del derecho privado, debe darse a todos los hombres las mismas facilidades para celebrar contratos, las relaciones de familia deben ser igualmente respetadas, las transacciones comerciales estar rodeadas de idénticas garantías para todos, y en general todos deben gozar de los mismos beneficios en sus relaciones particulares o privadas. En el terreno del derecho público, la libertad personal, la libertad de la conciencia y del culto, la libertad de la prensa, la inviolabilidad del domicilio y todos los demás derechos que corresponden al hombre en sus relaciones con la sociedad, deben alcanzar de la autoridad y de la ley,

la misma protección, sin que odiosas distinciones o privilegios hagan, más ventajosa la condición de algunos respecto de los demás. Cuando tal cosa sucede, cuando la ley es la misma para todos, reconoce en todos iguales derechos y les dispensa la misma protección y garantía, la igualdad civil se halla debidamente sancionada.

Cualquiera que sea la suma de derechos que se reconozca a los asociados, la igualdad ante la ley, puede y debe ser establecida. Ya se amplie o restrinja la esfera de las libertades individuales, las ampliaciones o restricciones deben referirse a todos; todos deben aprovechar de la nueva ventaja y todos sufrir las limitaciones que se introduzcan, la igualdad civil es así conciliable con todos los sistemas de organización social.

En el terreno de los derechos políticos, la igualdad no exige que se conceda a todos, sin distinción de sus condiciones intelectuales y morales el ejercicio de esos derechos. Estos más que verdaderos derechos, son las obligaciones del ciudadano, y de su cumplimiento acertado depende la suerte del país. La nación por lo mismo, en guarda de su orden y de su estabilidad, debe y puede imponer condiciones de inteligencia y de probidad política, para el ejercicio de esos derechos, que dan intervención directa y decisiva en la marcha del Estado. Esas condiciones deben ser de carácter general: esto es deben estar al alcance de todos. La instrucción elemental, aquella sin la que el hombre no puede manejar provechosamente ni aún sus pequeños intereses y la renta por pequeña que ella sea, como signo de moralidad, de independencia y de trabajo, son requisitos de tal modo indispensables para intervenir en los negocios públicos, que ninguna constitución puede dejar de exigirlos sin comprometer hasta la existencia nacional.

Y esta limitación en el ejercicio de los derechos políticos, no se opone al régimen democrático. Si todos pueden con poco esfuerzo, llenar las condiciones señaladas para tomar parte en la marcha del Estado, no hay verdaderas exclusiones. El lleno de esas condiciones, es no solamente una ventaja, es también el cumplimiento de una obligación, porque el Estado puede y debe exigir con perfecto título, que todos cooperen a su marcha ordenada y progresiva.

LECCION VI

SUMARIO: - Libertad individual - Diversas manifestaciones de la libertad - Seguridad personal - Regla general relativa a la aprehensión y detención - Aprehensión y detención preventivas - Procedimiento en Inglaterra - Regla generalmente adoptada - Inviolabilidad del domicilio - Fórmula general de la libertad de acción.

Establecida la igualdad civil, como la base de la organización social, necesaria para la existencia de la unidad nacional, y como una prescripción de la justicia respecto de los individuos, debemos entrar en el estudio de los derechos que corresponden a estos, en sus relaciones con la sociedad civil de que forman parte. Estos derechos, lo sabemos ya, son los derechos públicos.

La libertad en sus múltiples manifestaciones es el resumen de tales derechos. Lo que se trata de conocer, es los que el individuo puede hacer y lo que debe omitir en la sociedad civil de que es miembro, o, en otros términos, se trata de fijar los límites de la actividad de cada hombre, y los de la acción de la autoridad, y determinar lo que cada uno puede hacer, trazando el círculo preciso de su acción, es declarar la extensión de la libertad individual.

El hombre ejerce su actividad, ya practicando actos físicos, que se refieren principalmente a la comodidad y bienestar de la vida material, ya dirigiéndose a los elevados fines de la inteligencia y de la voluntad, como el culto a Dios y la investigación de la verdad; o ya finalmente, en orden al trabajo y la industria, a la adquisición de la propiedad, y a la libre disposición de esta. La libertad debe pues ser estudiada bajo esta triple manifestación.

La seguridad personal, esto es la garantía que debe darse al individuo de que no será arbitrariamente aprehendido ni detenido, es una de las más importantes manifestaciones de la libertad material. Esta garantía, en virtud de la cual puede el hombre contar consigo mismos, es condición esencial para su propia tranquilidad y para la paz de la familia. Sin ella, falta la seguridad para las transacciones privadas, y las operaciones de la industria, desaparece todo estímulo para las tareas de la actividad intelectual, y aun se lastima profundamente la dignidad del hombre, que reposa principalmente, en la convicción que cada uno se forma de ser dueño de su persona y de sus actos.

Pero este derecho se halla como todos, limitado por las exigencias del orden social, y conciliarlo con este, es lo que debe proponerse la Ciencia Constitucional. Ya sabemos que las únicas restricciones justas al derecho individual, son aquellas que se imponen en fuerza de la necesidad de conservar el orden social, y que se encuentran compensadas con las ventajas que la sociedad proporciona al individuo. Respecto de la libertad corporal, ese límite se encuentra determinado por la necesidad de apoderarse del culpable, ya para hacerle sufrir la pena que se haya pronunciado contra él, por el delito cometido, o ya para evitar que la eluda por la ocultación o la fuga, mientras se sigue el juicio correspondiente.

68

El principio fundamental que debe seguirse en esta materia, porque es el que real y efectivamente garantiza la seguridad personal, es, que la aprehensión y detención solo deben verificarse en los casos especialmente señalados por la ley, y con las formalidades que ella determina. Cuando este principio no tiene estricta aplicación, cuando algo se deja a la arbitrariedad del poder; la seguridad personal desaparece y no basta que no se abuse de esa autoridad arbitraria, porque tanto se lastima los fueros de la libertad, cuando realmente se nos priva de ella, como cuando la disfrutamos solo por la concesión graciosa de la autoridad.

La ley, por otra parte, no debe señalar otros casos de restricción que aquellos que el orden social; hace indispensables. La arbitrariedad de la ley, es no menos injusta que la de los poderes encargados de cumplirla, porque el título de su imperio, no nace de la voluntad

discrecional del legislador, sino de la conformidad de sus mandatos con las prescripciones de la justicia y del Derecho, cuya realización es el fin de la sociedad civil.

Establecidos los principios fundamentales de la materia, entremos brevemente en algunos detalles.

La detención como pena por razón del delito cometido, o como medio de coerción pronunciado en juicio, no ofrece ninguna dificultad. En uno y otro caso, la ley penal, y la del procedimiento en general, son las que deben señalar los casos en que puede tener lugar, los jueces y tribunales competentes para ordenarla y las formalidades con que debe ser decretada y cumplida.

La aprehensión y la detención preventivas, esto es como medios de precaución para evitar que se eluda la condena, es la que debe llamar nuestra atención.

Ocupándonos de esta materia, no debemos dejar de dar siquiera ligeras ideas, sobre las disposiciones de leyes inglesas, que con razón se consideran como las más liberales de todas.

La aprehensión de un reo de crimen grave, debe ser verificada por el particular que ha sido testigo del flagrante delito, y es una verdadera obligación del particular esforzarse en hacerla, bajo pena de multa y de prisión. En el caso de simple sospecha, el particular puede aprehender al presunto reo, pero bajo responsabilidad, esto es quedando obligado a la indemnización de perjuicios, que pueden llegar a grandes sumas si la aprehensión es inmotivada. Esa misma aprehensión puede verificarse por los oficiales públicos sin mandato o en virtud de mandato. Todo el que verifique la aprehensión de un presunto reo, debe conducirlo inmediatamente ante el juez de paz, y la omisión de este deber, constituye el delito de arresto arbitrario.

El juez de Paz o magistrado, examina las circunstancias de la aprehensión y ordena la inmediata libertad del aprehendido, simplemente o bajo caución, o decreta la prisión según las circunstancias.

En la generalidad de los casos, en qué existen sospechas más o menos graves contra el aprehendido, se decreta su libre bajo fianza: los

casos en que no es admisible ésta, son excepcionales. El juez no puede exigir fianzas exageradas, e incurre en un delito el rehúsa la libertad arbitrariamente.

Contra los abusos que pueden cometer el juez de paz, el aprehensor, el carcelero y en general para garantizar el aprehendido de una aprehensión o detención arbitraria o irregular, existe el célebre acto del habeas corpus de 1879, y cuyos principios existieron en Inglaterra desde tiempos más antiguos. Según sus disposiciones toda persona detenida, a no ser por causa de traición al Estado o felonía, (crimen grave) expresada en el mandato de arresto, puede recurrir a una corte de justicia, o ante la cancillería durante las vacaciones, o ante uno de los jueces de una corte, y el magistrado en vista de los términos del mandato, o en mérito de una simple información, sino se obtiene aquel, ordena a la persona que detiene al aprehendido, que lo presente en el corto plazo que señala, La corte decide si hay o no lugar a la detención preventiva, la negativa del carcelero a dar copia del mandato de arresto, o a presentar al detenido se castiga con multa de 100 libras por la primera vez y 200 en la segunda y destitución del cargo. La denegación de justicia en la expedición del auto de habeas corpus impone responsabilidad personal y multa de 500 libras.

70

Se da además garantías al detenido contra los abusos que pudiera cometerse de la excepción del habeas corpus en los casos de traición o felonía, haciéndola extensiva a otros que no están realmente comprendidos en dicha excepción. Si falsamente pues, se acusara al detenido, de traición, de asesinato, parricidio, incendio, para impedir la interposición del recurso de habeas corpus, se señala plazos cortos para el juzgamiento del proceso, y si estos se cumplen, el detenido alcanza o su libertad bajo caución o su definitiva soltura.

El espíritu dominante de la legislación inglesa en esta materia, es como se ve la extrema facilidad para la aprehensión de los criminales, contrarrestada con eficacísimas garantías contra el abuso de esa facultad de aprehender. Y esas garantías establecidas por la ley, tienen estricta aplicación en la práctica, merced al respeto que inspira la libertad individual. Esa libertad tanto como en la ley, está consagrada en las costumbres y en el carácter tradicional de Inglaterra.

En conformidad con el espíritu de las legislaciones modernas podemos establecer las siguientes reglas como principios que debe regir en esta materia.

En los casos de flagrante delito, esto es cuando el delito se comete actualmente o acaba de cometerse, la aprehensión del criminal debe ser operada por todo depositario de la fuerza pública, y aún por cualquier particular testigo del hecho.

En los casos asimilados al flagrante delito, y que, según la ley francesa, son aquellos en que el prevenido es perseguido por el clamor público, o encontrado inmediatamente después del hecho, con los efectos, armas, instrumentos o papeles, dando a conocer que es autor o cómplice, debe así mismo ser aprehendido por los depositarios de la fuerza pública, y aún por cualquier particular si se trata de delitos graves.

La misma obligación pesa sobre los depositarios de la fuerza pública, en caso del requerimiento del jefe de la casa en la cual se ha cometido el delito.

Respecto de los casos de simples sospechas, esto es, cuando no está presente el prevenido, por no tratarse del delito flagrante o cuasi flagrante, aquel no puede ser aprehendido, sino por orden de la autoridad competente. La autoridad competente es, por regla general, el juez encargado de la instrucción del sumario. Los casos precisos en que este mandato debe ser expedido y sus formalidades deben ser determinados por la ley.

El particular que aprehende a un reo en los casos de flagrante o cuasi flagrante delito, debe entregarlo inmediatamente a la autoridad para que sea puesto a disposición del juez, dentro de un brevísimo plazo, que generalmente es de 24 horas, y la misma obligación pesa sobre los depositarios de la fuerza y sobre las autoridades mismas, cuando son ellos los aprehensores. Todo abuso en esta materia, es decir la aprehensión fuera de los casos determinados, o la detención indebida del reo, constituyen el delito de secuestro.

Debe imponerse a todos los funcionarios de Policía el deber de atender toda queja respecto de detenciones indebidas, y a todo

particular la obligación de denunciar la detención abusiva de un individuo en lugar privado.

El mandato de detención durante el juicio, solo puede ser expedido por el juez, en los casos que la legislación penal tenga establecidos. Los jefes o encargados de los lugares de detención, se hallan obligados a no recibir como detenidos, bajo responsabilidad criminal, sino a aquellos que sean remitidos por el juez.

El derecho de solicitar y obtener la libertad bajo fianza debe declararse como regla, siendo la excepción los casos en que, en razón de la gravedad de la pena debe pronunciarse, el interés de eludirla es mayor que la pérdida de la fianza ofrecida.

Otra de las manifestaciones de la libertad individual, es la inviolabilidad del domicilio – en virtud de la cual, cada hombre es dueño absoluto de su hogar, sin que a nadie sea dado penetrar en él contra la voluntad de su dueño.

72

Es una necesidad de la naturaleza y una aspiración universal, que, en las relaciones de la vida privada, constituidas por deberes, afectos e intereses, que no se refieren a los hombres en general, solamente tomen parte aquellas personas con quienes nos ligan los íntimos lazos de la familia y de la amistad. Esa vida íntima del hogar, que nos ofrece el descanso y el contento después de las agitaciones y contrariedades de la vida pública; esa vida en que el hombre se consagra a sí mismo, se desvirtuaría por completo, si pudiese ser interrumpida arbitrariamente por la autoridad o por los demás hombres. La vida privada es esencialmente individual; la sociedad solo puede injerirse en ella, cuando a la sombra del respeto al domicilio se perturba el orden por la perpetración del delito, o se embaraza la marcha de la sociedad por la infracción de las leyes.

Los principios fundamentales que deben regir en esta materia son los mismos que dejamos establecidos respecto de la libertad individual en general. Nadie puede entrar en los domicilios sino en los casos expresamente señalados por las leyes y con las formalidades que ellas deben establecer. Las leyes solo deben autorizar el allanamiento, en los casos absolutamente indispensables para el orden y buena marcha de la sociedad.

La reglamentación generalmente establecida por las legislaciones modernas respecto del derecho de que nos ocupamos, descansa en las siguientes prescripciones.

Durante la noche no se puede penetrar en el domicilio, sino en los casos de incendio, inundación o solicitud hecha del interior de la casa.

Respecto de las casas abiertas para el público, como cafés, posadas, lugares de diversión &, &, la autoridad de policía puede penetrar mientras permanecen abiertas para el público. Cuando se cierran quedan en la condición del domicilio particular.

Durante el día se puede penetrar en las casas de los particulares:

- 1° Para la formación de los censos, registros y ejecución de las medidas de administración.
- 2° Para la comprobación de los crímenes y delitos, mediante la orden respectiva del juez de la causa.
- 3° Para la ejecución de los mandatos de apremio, o de las sentencias, a fin de tomar alguna cosa que debe presentarse en juicio o apoderarse de la persona del apremiado o de aprehender al prevenido o al condenado, siempre que medie orden o resolución judicial debidamente expedidas, y
- 4° Para hacer efectivo el pago de las contribuciones públicas.

La forma más amplia con que la ley positiva debe garantizar la libertad de acción, es la que consiste en el reconocimiento del derecho de hacer todo lo que ella no prohíbe y omitir lo que no ordena. Ya sabemos que la ley puede y debe limitar la libertad individual, para conciliarla con el derecho ajeno, y esa limitación consiste en mandar o prohibir los actos dañosos. Es por lo mismo indispensable, para que cada uno conozca su esfera de acción, que los mandatos y prohibiciones sean claramente expresados. No es posible dejar a los juicios apasionados o erróneos de cada uno, lo que debe hacer y omitir. Tampoco puede quedar esa apreciación a la voluntad discrecional y variable de la autoridad. El orden social y los fueros de la libertad, reclaman reglas fijas y constantes, y estas solo puede establecerlas la ley. La libertad

es la regla, las restricciones que se le imponen son la excepción, y esta por su carácter de tal, debe ser determinada y precisa.

Pero no basta tener el derecho de hacer y de omitir todo aquello que la ley no prohíba u ordene; es necesario que aquello que se hace u omite en uso de ese derecho, no sea destruido o desvirtuado por una ley nueva.

Faltaría toda garantía para los derechos que adquirimos, y sería inseguro todo interés, si un orden de cosas pasado con arreglo a la ley, pudiera ser trastornado más tarde por otra ley. De aquí que el principio de la no retroactividad de la ley es la más firme salvaguardia de la libertad.

LECCION VII

SUMARIO: - Derecho de libertad religiosa - Libertad de conciencia - Libertad de cultos - Los títulos de la verdad en materia de religión, no autorizan la proscripción de los falsos cultos - La libertad de cultos no compromete el orden social - Independencia de la Iglesia.

La idea de Dios, ser infinito, causa primera de todo lo existente, autor y conservador de nuestra vida, despierta en nosotros los sentimientos indestructibles de veneración y de amor. En todas las situaciones de la vida, el espíritu se eleva a Dios para bendecirlo por el bien recibido, y para implorar su socorro en las necesidades y peligros. La convicción de una vida inmortal, la fe en el premio por el bien obrado y el temor del castigo por el mal, son el más poderoso móvil de nuestras determinaciones y la más eficaz sanción de nuestros actos. El hombre no puede sustraerse al imperio de tales creencias, ni apagar en su corazón la voz de esos efectos, y unas y otros son la base fundamental de las creencias religiosas.

La religión es una necesidad de la naturaleza. Su principio o sea la creencia en Dios es una ley de la razón, de la cual nacen otras creencias que forman las religiones; la idea de Dios despierta los sentimientos que nos unen a él y nos inspira la práctica de actos externos que forman el culto. La religión es por lo mismo, materia de un derecho. Ella constituye un fin del hombre, porque es una aspiración universal y constante de su espíritu; y ese fin es el más elevado y trascendental, porque en él ciframos nuestros destinos inmortales, y porque en la vida de la tierra es la fuente más pura de consuelos y esperanzas.

El derecho de libertad religiosa presenta dos manifestaciones importantes: la libertad de creencia o libertad de conciencia, y la libertad de cultos.

Se ha creído que reclamar la libertad de pensar, es tan absurdo como reclamar la libertad de la circulación de la sangre. Hay en esta afirmación un gran fondo de verdad, pero de ella pueden deducirse consecuencias erróneas. Ciertamente es que las convicciones del espíritu no dependen de la voluntad ajena, ni aun de la propia voluntad. El pensamiento está sujeto a leyes fatales cuyo imperio es indestructible; pero puede ejercerse fuerza material sobre el hombre convencido, con motivo de sus creencias íntimas para arrancarle confesiones contrarias a ellas, y obligarlo a practicar que su conciencia rechaza. Los mártires del cristianismo son los ejemplos sangrientos de esa fuerza violatoria del derecho de la libertad de conciencia. A pesar del martirio, la fe cristiana no es apagada en el espíritu de los mártires, no se destruía la creencia íntima, pero se atormentaba al creyente.

76

Es evidentemente injusto, intentar por medios violentos el cambio de las opiniones íntimas, porque esas opiniones cualesquiera que ellas sean, mientras permanezcan ocultas en el fondo del espíritu, no atacan ningún derecho, no lastiman ningún interés, y por lo mismo son ajenas al derecho, que solo autoriza para impedir la práctica de actos que dañan a otro. Solo la necesidad de impedir el ataque al derecho ajeno, autoriza el empleo de la fuerza.

Esa injusticia se manifiesta también, por el hecho incontestable de que la propia voluntad es impotente para borrar de la inteligencia las opiniones que acepta como verdaderas. Si solo se puede estar obligado a hacer o a omitir aquello que depende de la voluntad, no cabe obligación respecto de lo que pasa en nosotros de una manera fatal, y así como sería absurdo suponer que estamos obligados, a que la sangre circule o no por nuestras venas, igualmente absurdo es pretender, que nuestra inteligencia renuncie a las creencias que para ellas tienen el carácter de evidentes o verdaderas.

Ese absurdo derecho de exigir de otro, mediante el empleo de la fuerza, la renuncia de sus creencias religiosas, sería por la misma razón

de realización absolutamente imposible. La fuerza material es impotente para decidir de las determinaciones de la voluntad y lo es más aún, por intensa que sea, para trastornar las leyes del pensamiento. La fuerza puede arrancar retractaciones mentidas, acciones de las que la conciencia protesta; pero nunca puede cambiar las determinaciones de la libertad, ni trastornar las opiniones. Esa impotencia absoluta de la fuerza, comprueba la injusticia de la violencia ejercida con tales propósitos, puesto que no puede ser justo lo que es de imposible consecución.

El derecho de libertad de cultos es igualmente incontestable. Hemos manifestado ya, que la religión es una necesidad imprescindible de la naturaleza: que es un fin al cual aspira el hombre, impuesto por la razón y por los afectos naturales. Pero esta necesidad no queda satisfecha, con solo el culto que rendimos a Dios en el fondo de nuestras conciencias. Deseamos y nos sentimos obligados a adorar a Dios a la luz del día, y en presencia de nuestros semejantes. Sentimos la necesidad de propagar nuestra fe convirtiendo a ella, por medio de la persuasión a los que no la aceptan; la unión con los que profesan nuestra doctrina nos es indispensable. Si esta es la amplitud de esa aspiración que nos domina; de ese fin obligatorio del que no podemos separarnos, sin desoír la voz del más sagrado de los deberes y de la más eficaz exigencia de la conciencia, es incontestable que existe el derecho de practicar el culto, formar la iglesia y propagar la fe.

Todos los hombres han recibido igualmente de Dios el libre albedrío, esa facultad en virtud de la cual deben dirigirse por sí mismos a su fin y responder de sus actos. El libre ejercicio de la actividad de cada uno no reconoce más límite que la libertad de los demás: el derecho solo está limitado por el derecho. Y si la libertad y los derechos son iguales entre todos los hombres, ¿qué título legítimo puede invocarse para imponer un culto y proscribir otros? ¿La salud espiritual de cada individuo, es asunto que solo concierne al individuo mismo; ¿cada cual debe procurarla según sus convicciones, cumpliendo los deberes y sometiéndose a la autoridad religiosa que acepte? Es pues un atentado contra esa condición de igualdad en que Dios ha colocado a los hombres, toda injerencia en los asuntos religiosos que solo interesan al individuo.

Así como los pensamientos y los afectos que no salen del fondo de la conciencia, no están bajo el imperio del derecho, así los actos mismos y la palabra, no pueden ser restringidos ni reglados, sino en tanto que lastiman otro derecho. Mientras no se ocasione mal a otro, el hombre es árbitro absoluto de su vida, sin más sanción que de la propia conciencia, y la de la justicia absoluta, que Dios solo distribuye, en una vida futura. La práctica de un culto, y la propagación de una doctrina en tanto que no se traducen en actos criminales que la ley penal castiga, no pueden pues ser proscritas conforme a los mandatos del Derecho.

Hay en la vida del hombre un aspecto que solo a él incumbe: es ese aspecto incondicional, del cual no depende la vida ajena. El derecho, ya lo sabemos, solo regla las acciones y omisiones dependientes de la voluntad y absolutamente indispensables para la realización del fin de otro. Pero no todos los actos humanos, tienen esa relación directa y decisiva con el fin ajeno, y los que no la tienen solo se hayan reglados por la moral, cuyos preceptos deben ser obedecidos espontáneamente, hasta el punto de que toda coacción desvirtúa el mérito, y exime de responsabilidad. No hay en la tierra ninguna autoridad encargada de hacer efectivos los preceptos de la moral: la moralidad ha sido librada a la buena voluntad de cada uno, y su sanción no puede ser dictada por la ley positiva.

78

No es posible invocar los títulos de la verdadera religión para proscribir los falsos cultos. El derecho no depende del sentido de las opiniones: los actos humanos, bajo el aspecto de la verdad o del error que entrañan, son ajenas a la competencia del derecho, y por consiguiente a la de la autoridad social, constituida para hacerlo efectivo. El derecho juzga las acciones por sus consecuencias prácticas: por las ventajas o los daños que ocasionan a los demás, y por lo mismo son indiferentes ante la justicia, porque son extrañas a sus preceptos, las que no ofrecen esos resultados dañosos o favorables. La ley moral más amplia que el Derecho, penetra hasta la conciencia y juzga y decide, no de la verdad o del error de las creencias, sino de la sinceridad o maliciosa obstinación con que se aceptan; pero ni aun bajo este aspecto de la pureza o impureza de los motivos, entran los actos humanos bajo el dominio del Derecho.

El derecho no aprueba ni condena las creencias religiosas, como no resuelve sobre la verdad en el orden de las ciencias naturales, ni de ninguno de los otros ramos de los conocimientos humanos, y esta calidad de extraño al sentido de las opiniones, hace de él un principio de universal armonía, un lazo de unión y de paz, entre todos los hombres, por diversos que sean los climas en que habitan, las creencias que aceptan, los hábitos y costumbres que los distinguen.

Ni puede existir el derecho de exigir al hombre que crea solo en la verdad. El error es atributo de la humanidad; a menudo son estériles los esfuerzos que empleamos para alcanzar la verdad y ese extraño derecho y la obligación que impusiera de creer solo en lo verdadero, serian así el derecho y la obligación de hacernos superiores a nosotros mismos, de despojarnos de nuestra condición de falibles; de dejar de ser hombres. Si existiera este derecho, no sería otro, que el que el genio del mal inspiró a la humanidad para perderla.

Si las opiniones y los actos que las revelan, fueran juzgadas por el Derecho, a mérito de la verdad o del error que entrañan, el mismo título que asistiera a la verdad para imperar asistiría al error. La verdad no se alcanza sino después de largas meditaciones y esfuerzos, y para llegar ella es necesario, en la generalidad de los casos, partir de supuestos más o menos inexactos y erróneos. A medida que la verdad va apareciendo ante la inteligencia, rectificamos nuestros antiguos conocimientos y adjuramos de los viejos errores. El error es así condición para la adquisición de la verdad. Tendríamos el derecho de errar, porque lo tenemos para buscar la verdad. Durante largos siglos la humanidad creyó en la inmovilidad de la Tierra, y necesarios fueron esos conocimientos erróneos sobre el sistema del mundo, para que la Astronomía, adelantando en sus conquistas descubriera la verdad copernicana. No habría habido pues, y se desconocía en efecto, el derecho de enseñar esa verdad nueva y se insistió en el derecho de sostener el error secular de la fijeza de la Tierra.

Hoy tenemos el derecho de enseñar, lo contrario de lo que enseñábamos ayer con igual derecho. ¡Extraño derecho que así cambia con los tiempos y con los climas! Solo es posible conservar a la Justicia sus caracteres de universal e inmutable, cuando no se le hace depender de la

verdad o del error: cuando se limita su campo de acción, a los resultados prácticos de los actos humanos, dejando a la moral el juicio sobre las intenciones, y a Dios, Juez infalible e infinitamente justo, el poder de conceder o negar el premio de la eterna ventura a los falsos creyentes.

Y si llevamos a la vida práctica, el falso principio del derecho exclusivo de la verdad al respeto de los hombres, llegaremos como Hobbes a la guerra como el estado natural de la humanidad. Diversas creencias religiosas han dividido al mundo desde su origen. Razas, naciones, familias, individuos, están separados por creencias distintas y aun contrarias; pero cada raza, cada nación, cada familia, cada individuo, se arroga el privilegio de la verdad. Las creencias religiosas son las que más se arraigan en el espíritu, porque descansan generalmente en la fe de lo sobrenatural y en todas las religiones es un precepto sagrado conservar esa fe. He aquí pues, a cada raza armada con el derecho de perseguir a las otras razas que no aceptan sus creencias: a las naciones, a las familias y a los individuos en posesión de ese mismo derecho de persecución a las otras naciones, familias e individuos. He aquí la guerra, una guerra universal de exterminio y sin tregua, porque el sentimiento que la enciende, el sentimiento religioso, es el más vehemente de todos los afectos.

Felizmente, lo repetimos, el derecho no depende del sentido de las opiniones. El derecho es uno e invariable: su raíz está en alguna necesidad común e idéntica en todos los hombres; en su ejercicio es un lazo de unión y armonía; en su objeto, se dirige a altos fines comunes también para todos. La necesidad universal de profesar una religión es el origen del derecho de libertad religiosa; el respeto recíproco que impone conserva la paz en la Tierra y Dios es el termino de todas las creencias.

Nada tienen que temer la moralidad pública ni el orden social de la libertad de los cultos. Si alguna secta, impusiese a sus afiliados, actos inicuos y criminales que la moral y el sentido universal condenan, las sociedades no se hallarían desarmadas en presencia de tales aberraciones. Los códigos penales y los reglamentos de la administración, las reprimirían con perfecto derecho porque verían en tales prácticas, no actos o ceremonias de un culto sino el delito y la inmoralidad acreedores a castigo.

La independencia de las iglesias es la consecuencia lógica del derecho que acabamos de reconocer.

Si todo hombre tiene derecho para no ser molestado ni perseguido por sus opiniones religiosas, si lo tiene para practicar libremente su culto hasta el punto en que no lastime el derecho ajeno, es evidente que conserva esa libertad, cuando se unen con los que profesan su misma fe, para orar en común, y practicar las ceremonias que su religión prescribe. La libertad de las Iglesias, su existencia independiente del Estado, y por consiguiente la facultad de gobernarse así mismo, de propagar sus dogmas, de adquirir y administrar sus bienes, de practicar la caridad, son derivaciones inmediatas del derecho de libertad religiosa en el individuo.

La existencia de la iglesia libre en el estado libre, se deriva así mismo de la misión limitada del Estado. El objeto de este es la garantía del derecho; ninguna injerencia tiene en la salud de las almas que está encomendada al individuo mismo y a la autoridad espiritual a que se somete libremente. “Nada es más odioso dice Lamartine, que un poder político que se coloca entre Dios y el alma de un pueblo; que quiere administrar a su manera y en provecho suyo, el pensamiento, la fe y la conciencia de una nación, y que acepta bajo la hipocresía de la política, una fe falsa para ciertos hombres y un culto que ofende a Dios.”. “Cuando los reyes dicen Fenelon, se mezclan en religión en lugar de protegerla la esclavizan. Acordad a todos la tolerancia civil, no aprobando todo como indiferente, sino sufriendo con paciencia todo los que Dios sufre y tratando de arreglar las cosas por una dulce persuasión.”

No es sin duda el Legislador, ni el Monarca, el depositario de la verdad eterna; no es el llamado a decidir las eternas querellas de los hombres en materia de religión y de ciencia. Además de que tal intervención en los asuntos que solo conciernen a las conciencias y a la inteligencia es ajena a la misión terrenal, las soluciones de la potestad civil, serían tan variadas como varían las opiniones de los gobernantes.

No significa esta independencia, que la Potestad civil no tenga la facultad de dictar leyes y disposiciones para conservar la paz en la sociedad, la cual puede ser turbada por las luchas que la intolerancia

de las religiones mismas podría provocar y fomentar. Puede ir la administración en guarda del orden público, hasta prohibir la práctica de ceremonias religiosas en las calles públicas, para prevenir choques que tendrían sin duda el carácter de delitos comunes.

LECCION VIII

SUMARIO: - Libertad de enseñanza - Es un derecho individual y social - manera de conciliar ambos derechos - Intervención del Estado en la instrucción primaria - Ella es obligatoria y debe ser gratuita - Intervención de la autoridad en las enseñanzas media y facultativa.

Vamos a ocuparnos de la enseñanza propiamente dicha, esto es de la instrucción que se da a la juventud, por personas que se consagran a este alto sacerdocio. No debemos tratar aquí de la enseñanza en una significación más general, o sea del derecho de dar publicidad a las doctrinas que se profesan, sin dirigirse a la niñez, porque este derecho está comprendido en la libertad de la prensa de que hablaremos en la próxima lección y en la libertad religiosa que ya hemos estudiado.

En el primer sentido, la enseñanza es una función de la más trascendental importancia, por medio de ella no solo se inculca en la inteligencia de los niños los conocimientos y las reglas, que sirven de norma a toda su vida, sino que se desarrollan y cultivan en su corazón, por el ejemplo constante del institutor o del maestro, las tendencias morales e inmorales, que determinan su conducta posterior en la familia y en la sociedad. Resulta de aquí, que la enseñanza interesa altamente al padre que ha recibido la sagrada misión de educar al hijo intelectual, moral y físicamente, e interesa también a la sociedad, cuya suerte depende en gran manera de la moralidad general y política de los ciudadanos. Hay de por medio, además, el derecho de los mismos maestros, porque se trata del ejercicio de una profesión especial, respecto de la cual es necesario determinar la extensión y los límites.

Nos encontramos pues de nuevo al frente del gran problema, cuya solución en todas sus manifestaciones corresponde a la ciencia que estudiamos. Debemos señalar el límite que separa el derecho individual en materia de enseñanza, del legítimo poder que a la sociedad corresponde para intervenir en ella. Aquí como siempre, debemos alejarnos igualmente del extremo que sacrifica la libertad individual en favor de la sociedad, como del término opuesto que concediendo al individuo un poder absoluto y sin límites, compromete la suerte de los pueblos.

Y es necesario huir de ambos extremos, porque los dos están sembrados de inconvenientes.

“Qué sucederá dice Rossi, en el caso en que la enseñanza pertenezca entera y exclusivamente al poder, en el sentido al menos, de que nadie puede ejercer de institutor sin la autorización del Gobierno. Se llega entonces a un resultado que puede ser doble. Puede suceder en efecto, que un Gobierno queriendo llenar su tarea difunda de una manera uniforme la instrucción en todos los puntos del territorio, y cuando hablo de la instrucción, me refiero especialmente a la instrucción elemental o popular, a la instrucción distribuida a aquellos que más necesidad tienen de ella, y carecen de los medios para proporcionársela. Puede suceder pues, que un Gobierno difunda la instrucción de una manera uniforme en todos los puntos del Estado. Así sucede en los Estados Austriacos donde la instrucción elemental es difundida por el Gobierno mismo. Hay allí medidas establecidas para obligar a los padres, a hacer que sus hijos reciban la instrucción que el Estado quiere acordarles. Pero ¿en dónde están en estos sistemas políticos las garantías de que la instrucción será efectiva y universalmente difundida? Si puede citarse un caso en que esto exista, puede presentarse diez en que no sucede, y en los que el gobierno, distribuidor único de la instrucción, la da con tal parsimonia que la mayor parte de la población se encuentra absolutamente privada de ella.”

“Pero y aun aceptando la hipótesis más favorable que resulta de esta instrucción oficial? Recordemos lo que hemos dicho sobre la influencia de la enseñanza, y reconoceremos que es este uno de los medios más poderosos para estereotipar la sociedad civil, para inmovilizarla. Es casi cierto, además, que con este sistema es preciso renunciar

a toda clase de progreso en la enseñanza y en la elección de los métodos. Cuando hay un método oficial y generalmente establecido se forma una rutina general, un estado de cosas que se hace secular. Así bajo la relación política y bajo la relación intelectual, los inconvenientes de este sistema son evidentes.”

“Si adoptáis el sistema contrario, el sistema de la enseñanza, entregado completamente a los individuos, a las empresas particulares, sin que el Gobierno tenga ninguna intervención en ella, la enseñanza en una palabra, tratada como en los Estados Unidos el establecimiento de los cultos, tendréis sin duda entonces variedad de formas, variedad de métodos, la concurrencia y todas las otras ventajas que del sistema resultan y que son reales; pero al lado de estas ventajas, tendréis luego la deficiencia; tendréis la enseñanza rica de medios, de métodos, de variedad, allí donde la acumulación de los hombres y de las riquezas ofrezca a las empresas bastante aliciente, pero ¿qué tendréis para la humilde cabaña del pobre, que tendréis en esas modestas localidades donde hay quince o veinte niños, que tienen necesidad de instrucción, y en aquellas donde, tal vez, no hay un solo padre que pueda retribuir al maestro que quiere consagrar en vida a la enseñanza? No tendréis instrucción precisamente donde es más necesaria. La instrucción abundará en las grandes ciudades, en los ricos hogares, allí donde se encuentra honor y provecho en darla; pero allí donde no haya sino un sagrado deber que llenar, sacrificios que hacer, allí donde no se espera ni carrera brillante, ni recompensas tales, que más tarde o más temprano puedan ponerlos en estado de abandonar esta penosa profesión, allí no encontrareis maestros, o no los encontrareis al menos, como es necesario hallarlos. Habría pues insuficiencia, y bien pronto la concurrencia no será sino una concurrencia puramente de lucro, mientras la concurrencia para ser buena en semejante materia, debe ser una concurrencia de esfuerzos, de honor, de suceso, de gloria si es preciso, para la alta enseñanza.”

A parte de los inconvenientes que ambos sistemas exclusivos ofrecen para la enseñanza misma, son inaceptables, porque cada uno, lastima a su vez, o los sagrados derechos del padre, a quien la naturaleza ha encomendado la altísima misión de dirigir la educación del hijo, o los derechos de la sociedad, que ve en el niño al futuro ciudadano,

al continuador de la nación. “El padre y el Estado son sin duda dos autoridades igualmente sagradas y no deben ser eludidas ni la una ni la otra. La libertad de enseñanza, consiste en suministrar a todos los padres, los medios de satisfacer sus inclinaciones diversas, y de satisfacerlas no solo en el asilo sagrado de la familia, asilo cerrado a toda autoridad exterior, sino también en los establecimientos públicos regularmente constituidos y siempre abiertos. Pero donde se detiene el derecho del padre, comienza el derecho del Estado. Y si el padre tiene derecho a nombre de su ternura de desear para el hijo ciertos cuidados físicos y morales. El Estado tiene el derecho de que se le haga un ciudadano lleno del espíritu de la constitución, amante de las leyes, amante del país, con inclinaciones que puedan contribuir a la grandeza y a la prosperidad nacionales. Cualquiera que negase esto, desconocería los derechos de la patria y si es impío negar los sagrados derechos de la paternidad sobre los hijos, ¿será menos impío negar los derechos de la patria sobre los ciudadanos? ¿La verdad en esta materia donde se halla? Está en el reconocimiento de estas dos autoridades igualmente sagradas, y en la conciliación de su acción bienhechora. Ellas deben sostenerse la una y la otra, ayudarse, limitarse algunas veces, jamás combatirse y destruirse.”

La enseñanza, bajo el aspecto del derecho individual, reposa no solamente en la potestad paterna, que requiere para ser libremente ejercida, como acabamos de verlo en las elocuentes palabras de Mr. Thiers, que se deje al padre la posibilidad de elegir entre los diversos métodos, doctrinas y sistemas de disciplina, que la concurrencia establece, los que su solicitud paternal juzgue más adecuados y provechosos, descansa también en el derecho propio de los institutores y maestros, a quienes sin duda debe garantizarse el ejercicio libre de una profesión honorable e importantísima.

La manera de conciliar el derecho individual de la libertad de enseñanza, con el derecho que corresponde al Estado de intervenir en el ejercicio de esta profesión, es reconocer en todos la facultad de consagrarse a ella, siempre que reúnan las condiciones de capacidad y moralidad que son indispensables, y quedando sometidos a la inspección de la autoridad. El Estado, además, debe suplir la deficiencia que necesariamente tiene que ofrecer la enseñanza privada o particular,

difundiendo oficialmente la enseñanza de cierto grado y fomentando la de los grados superiores cuando le sea posible.

Para conocer mejor la eficacia de estos principios, veamos la aplicación que deben tener en los tres grados, en que generalmente se divide la enseñanza primaria, media y facultativa.

Respecto de la enseñanza primaria, que es aquella que comprende los conocimientos absolutamente necesarios para todo hombre, porque sin ellos no es posible manejarse en la vida con provecho propio y sin daño de los demás, debe reconocerse a los particulares el derecho de abrir escuelas, sin que para ello sea preciso el consentimiento de la autoridad. Pero este derecho solo puede ser ejercido por aquellos que acrediten 1° Capacidad para enseñar 2° Moralidad para desempeñar dignamente este delicado sacerdocio. Las leyes y los reglamentos de instrucción, deben determinar la manera de acreditar una y otra calidad. Generalmente se exige el examen del candidato, sobre las materias del grado de la escuela que intenta abrir, y un certificado auténtico de moralidad, expedido por las autoridades locales de los lugares donde ha residido el aspirante desde algún tiempo antes, o declaraciones de testigos abonados.

La inspección y vigilancia de la autoridad sobre la escuela debe referirse, así a la moralidad del maestro, como a las condiciones de seguridad y salubridad del local de la escuela. Las leyes y los reglamentos deben así mismo señalar los trámites, según los cuales, pueda acusarse y juzgarse al preceptor, por las faltas graves que cometa en el desempeño de sus funciones, y las penalidades a que debe estar sometido.

No se ataca la libertad de la enseñanza cuando la ley exige condiciones de aptitud para su ejercicio y vigila la escuela. Se trata de una verdadera profesión como la de la abogacía, la medicina, la ingeniería &. y la libertad de las profesiones, no autoriza ni puede autorizar para que la ejerzan los que no las poseen, los que no son tales profesores. La sociedad tiene el derecho de defenderse así misma, y exigir por lo tanto que el que se llama médico, abogado, maestro &, acredite poseer la medicina, la abogacía, o la instrucción para ejercer libremente su oficio. La libertad de las profesiones se refiere a los profesores;

protege igualmente a todos lo que lo sean, y les impone iguales deberes y responsabilidades.

Respecto de la instrucción primaria se debate con calor dos cuestiones de muy alta trascendencia. ¿Debe la enseñanza primaria ser obligatoria para los padres, hasta el punto de establecerse penas para los padres omisos?

Creemos que sí. La instrucción primaria, en su primer grado, esto es, aquella que comprende los conocimientos rudimentales, es indispensable para manejarse en la vida siquiera, sin daño propio, de la familia y del Estado. No hay situación alguna de la vida, en la cual el hombre no tenga necesidad imperiosa de esa instrucción, mediante la cual, puede comunicarse con los demás por medio de la escritura, apreciar numéricamente sus medios de subsistencia, inspirarse en las principales doctrinas religiosas y cumplir los deberes principales para con la Patria y la sociedad. Esa necesidad imprescindible, es el título de un verdadero derecho, que asiste al hijo para recibir del padre esa instrucción, que es el alimento del espíritu. Bajo este aspecto se ha dicho con sobrada razón, que la enseñanza primaria no es por decirlo así una cuestión del orden político o económico, es esta una cuestión de moral, cuya solución debe tener su lugar en el Código Civil, en el título de los derechos y deberes de los padres hacia sus hijos.

Pero el derecho del Estado para imponer penas a los padres, que omiten el cumplimiento de esa obligación de dar a sus hijos la instrucción primaria, descansa además en una facultad legítima de la sociedad. Ya hemos visto que el padre y el Estado, son en este orden. “dos autoridades igualmente sagradas y que no debe ser eludida ni la una ni la otra: que donde se detiene el derecho del padre debe comenzar el derecho del Estado, y que si el padre tiene derecho a nombre de su ternura de desear para el hijo ciertos cuidados físicos y morales, el Estado tiene el derecho de querer que se le haga un ciudadano lleno del espíritu de la constitución, amante de las leyes, amante del país, con inclinaciones que puedan contribuir a la grandeza y a la prosperidad nacionales.”.

¿Debe ser gratuita la instrucción primaria? El carácter de obligatoria de la instrucción primarias, responde a esta segunda cuestión.

Si la ley conmina los padres, bajo la sanción de una pena, a cumplir el deber de dar a sus hijos esa instrucción que les es indispensable, indudable es que el Estado debe también facilitar al padre pobre, los medios de cumplir esta obligación.

No hay razón ninguna para dar gratuitamente la instrucción a los hijos de los que pueden pagarla, puesto que, antes que interés y deber del Estado, es interés y deber de los padres, educar a sus hijos, y dar a su inteligencia el grado de cultura indispensable para vivir provechosamente en el seno de la sociedad.

El Estado no puede así mismo permanecer indiferente ante la instrucción secundaria. La enseñanza es en todos sus grados una verdadera profesión, y como tal, solo pueden demandar la libertad de ejercicio, aquellos que realmente tengan la aptitud moral e intelectual que da su posesión. Y es la enseñanza una profesión de los más trascendentales resultados. La instrucción de la juventud se da “no por voz de raciocinio sino por voz de autoridad,” y la ley no puede quedar impasible ante una profesión que se apodera del espíritu de la juventud, y que puede decidir así, por ese imperio que ejerce sobre las inteligencias, de la suerte futura de la Nación.

Análoga es la situación que debemos dar a este respecto para conciliar el derecho individual con el derecho social, a la que ya hemos establecido en orden a la enseñanza primaria. Debe exigirse la comprobación de la moralidad y de la capacidad de los que se consagran a la enseñanza secundaria: debe así mismo presentarse el programa de las materias, y manifestarse el local donde se trata de establecer el colegio, y esto solo para el efecto de obligar al maestro a dar realmente la instrucción con la extensión que ha ofrecido, a no enseñar doctrinas inmorales, y para garantizar la seguridad y la salud de la juventud en el local destinado a la enseñanza.

La inspección y vigilancia de la autoridad, sobre los establecimientos de instrucción secundaria debe referirse a los objetos indicados: extensión de la instrucción, moralidad de la doctrina, trato personal a los estudiantes, y condiciones higiénicas y de seguridad local.

La enseñanza secundaria no puede ser obligatoria como la primaria. Los conocimientos que ella comprende, aunque útiles en alto grado para el individuo y para la sociedad, no tienen ese carácter de absolutamente indispensables para la vida. No todos los hombres están llamados a adquirir las profesiones científicas, para las cuales, sirve de preparación la instrucción media. Las artes y oficios mecánicos y la condición de los jornaleros, no han menester de ella. Sería además odioso y tiránico, imponer a los padres pobres, la obligación superior a sus recursos, de atender a la subsistencia de los hijos, durante la larga época que se emplea en adquirir esa instrucción, cuando al contrario tienen efectiva necesidad de aprovechar de sus servicios. El derecho de los padres, es pues, más amplio respecto a esta enseñanza, depende exclusivamente de su voluntad y de sus recursos.

90

Dedúcese de aquí, que no hay tampoco en el Estado, la obligación de dar gratuitamente a nadie la instrucción media. Si ella no es obligatoria, si depende de la posibilidad del padre, a este solo toca pagar esa enseñanza, cuando quiere que el hijo la adquiera. No quiere decir esto, que el Estado no pueda o no deba fomentar la instrucción secundaria, con la eficacia que lo tenga por conveniente, cuando el derecho privado solo ofrezca una enseñanza deficiente.

Respecto de la instrucción superior o facultativa, debe exigirse garantías análogas, a las establecidas en los otros ramos de enseñanza, para conciliar el derecho de la sociedad con la libertad del profesor. Los títulos de grados académicos son los que manifiestan la competencia. Respecto de la moralidad, no es necesario exigir su comprobación: debe suponérsela, atendida el alto grado de instrucción que manifiesta un título universitario, y además, la enseñanza superior se da a jóvenes ya educados, en quienes por lo mismo se supone sólida moralidad, y para los cuales el ejemplo no influye en su conducta. La libertad del profesor, solo está limitada por la moral y el orden público, y por lo tanto solo puede prohibirse la enseñanza de doctrinas contrarias a los preceptos de moral universal, y las subversivas, o que incitan a turbar el orden interior de la nación, o su seguridad exterior.

LECCION IX

SUMARIO: - Libertad de la prensa - Importancia especial de este derecho - Injusticia de la censura - Otras medidas preventivas injustas - Cuales de este género pueden ser adoptadas - Necesidad del juzgamiento por jurados para los delitos de imprenta.

La libertad de imprenta consiste en la facultad de que goza todo hombre, de publicar sus pensamientos por medio de la prensa, sin autorización previa, pero bajo su responsabilidad. Lo que caracteriza según esto el derecho de que nos ocupamos, es que respecto de él no pueden establecerse medidas de prevención tales, que hagan su ejercicio dependiente de la voluntad de la autoridad. El sistema de represión, para el abuso que mediante la prensa se cometa, es el único conciliable con este derecho.

El sistema represivo dice Serrigni, ha sido perfectamente caracterizado por Sieyès en estos términos: “El público se expresa mal cuando demanda una ley, para acordar o autorizar la libertad de la prensa. No es en virtud de una ley que los ciudadanos piensan, hablan, escriben y publican sus pensamientos, es en virtud de sus derechos naturales, derechos que los hombres han llevado a la asociación, y para el mantenimiento de los cuales han establecido la ley misma y todos los medios que la sirven. Pero si se quiere que la ley proteja la libertad de los ciudadanos, es preciso que ella sepa reprimir los ataques de que pueden ser objeto. Ella pues, debe marcar en las acciones naturalmente libres de los individuos, el punto más allá del cual son nocivas a los derechos de los otros: allí debe colocar signos, poner límites, prohibir travesarlos y castigar al temerario que osara desobedecer. Tales son las

funciones propias y tutelares de la ley. La libertad de la prensa, como todas las libertades, debe pues tener sus límites legales.”

La importancia excepcional del derecho de la libertad de la prensa, exige que más que respecto de los otros derechos públicos, sea solicitado el legislador, en rodearlo de eficaces garantías contra la arbitrariedad.

La libertad de la prensa es el más poderoso medio de adelanto en todos los ramos de la actividad social. Por medio de la prensa se establece el comercio universal de las inteligencias, salvando las distancias y los tiempos. El escritor tiene por auditorio a la humanidad entera, que se apodera de sus pensamientos, los discute, deduce sus más remotas consecuencias, y alcanza por este análisis laborioso e ilustrado, o la verdad entera que aquellos contienen solo en germen, o se convencen del error que entrañan. Es la prensa el lado que une a la humanidad, y proporcionándole la continuidad del lugar y de tiempo, la coloca en aptitud de unir sus fuerzas, antes separadas y dispersas, para investigar la verdad en todos los ramos del saber.

92

Bajo el aspecto político, la prensa se considera como un verdadero poder, y lo es en efecto, porque es ella el medio por el cual se habla a los ciudadanos y se forma la opinión general, que es la fuente en donde los gobiernos representativos deben tomar sus inspiraciones. Cada ciudadano puede tomar parte por medio de la prensa, en la discusión de las leyes y los acuerdos de la administración, aplaudir o censurar los actos de sus mandatarios, denunciar los abusos y solicitar y obtener el apoyo de la opinión contra los ataques de que puedan ser objeto. La prensa libre es una poderosa garantía de la rectitud de la administración de la justicia. En una palabra, la libertad de prensa, es la más eficaz garantía de todas las otras libertades: ella las conserva y cuando se la destruye, quedan suprimidas todas.

No debemos detenernos más tiempo en demostrar lo que se presenta a la inteligencia con el resplandor de la evidencia. La excelencia de la prensa, su necesidad para el bienestar y el progreso humanos son verdades que no se discuten, como no se discute la necesidad y la excelencia de la palabra. Tampoco tenemos necesidad de probar, que para el hombre es un verdadero derecho el de hacer uso de la prensa,

que es el único medio de hablar a la humanidad. Si tenemos el derecho de comunicar nuestras ideas a los demás hombres, a todos los hombres, sin limitación de lugar y de tiempo, tenemos sin duda el de emplear el único medio que nos pone en comunicación con ellos.

Pero este derecho como todos, tiene límites, el abuso de su ejercicio daña el derecho de otro, y es preciso conciliar la libertad individual con la autoridad de la ley, llamada a garantizar a todos y a cada uno contra los actos abusivos de los otros. Existen dos órdenes de medios para armonizar los derechos: los medios preventivos, que consisten en señalar de antemano, la manera como debe usarse el derecho, prohibiendo tales o cuales formas de su ejercicio, o señalando determinadas condiciones, y los medios represivos, que consisten en dejar ejercer a cada uno su derecho libremente, pero bajo la sanción de una pena para los actos que ataquen el derecho ajeno.

Los medios preventivos, pueden consistir los unos en “subordinar enteramente el ejercicio del derecho al poder discrecional y arbitrario de la autoridad; los otros pueden tener por objeto disminuir las facilidades del abuso y asegurar los medios eficaces de represión en los casos en que se presenten los abusos previstos.” En materia de libertad de imprenta, puede señalarse como el medio supremo de la primera especie la censura previa, que fue el régimen adoptado en el mundo hasta fines del último siglo.

El régimen de la censura previa, en virtud del cual, solo se permite la publicación de los escritos que obtienen el pase de la autoridad, o de las personas a quienes esta encargado el examen de aquellos, es contrario a la naturaleza misma del derecho de libertad de comunicación intelectual. Este derecho no nace de la ley, es anterior a ella: se dicta la ley y se establece la autoridad, precisamente para mantener y resguardar los derechos del hombre, y ni una ni otra pueden por consiguiente suprimirlos, y es suprimirlos hacer depender del ejercicio de la arbitraria voluntad ajena. Pueden y deben establecerse represiones para el castigo del delito o el abuso del derecho, pero mientras éste no se presente la libertad de su ejercicio debe ser respetada. Para que la libertad exista no basta gozar de ella por la concesión graciosa del querer ajeno; es preciso que ese ejercicio repose sobre bases sólidas e inalterables.

“Se tiene, en general, dice Benjamín Constant, una propensión marcada, a desechar todo aquello que entraña el más pequeño inconveniente, sin examinar si esta renuncia precipitada envuelve o no un inconveniente durable. ¿Se pronuncia por los jurados un juicio que parece defectuoso? se demanda la supresión de los jurados. ¿Circula un libelo? se pide la supresión de la prensa libre. ¿Una proposición atrevida se lanza en la tribuna? se pide la supresión de toda discusión o proposición pública. Ciertamente es que este sistema bien ejecutado, llenaría su objeto. Si no hubiera jurados, los jurados no se engañarían; si no hubiera libros, no hubiera libelos; si no hubiera tribuna, no existiera el peligro de equivocarse en la tribuna. Pero esta teoría podría perfeccionarse. Los tribunales, cualquiera que sea su forma, algunas veces han condenado al inocente, se podría suprimir los tribunales; los ejércitos han cometido en algunos casos grandes desórdenes, se podría suprimir los ejércitos: la religión ha causado la San Bartolomé, se podrá suprimir la religión. Estas supresiones nos librarían de los inconvenientes que las instituciones entrañan; solo hay sin embargo dos dificultades, y son que, en muchos casos la supresión es imposible y que en aquellos en que fuera posible, la privación que de la supresión resulta es un mal mayor. Se puede suprimir los jurados, pero se renuncia a la más poderosa salvaguardia de la inocencia. Se puede suprimir las discusiones públicas, pero se quita a las naciones sus órganos, se desatienden sus intereses, se hiere de estupor el cuerpo político. En cuanto a la libertad de la prensa la supresión solo es posible en la apariencia. Se ha dicho mil veces y preciso es tener que repetirlo: estorbando la publicación de los escritos se favorece la circulación de los libelos; se entraba lo que puede ser útil, pero el obstáculo no será jamás suficiente para impedir lo que es peligroso.”

Y en efecto la censura no llena el objeto que se proponen al establecerla. Para hacer efectiva la prohibición de publicar escritos, sin el pase de la censura sería necesario vigilar constantemente las imprentas, y adoptar el sistema de espías y delaciones para descubrir las imprentas ocultas; y si por estos medios inquisitoriales y absurdos, no se llega al objeto apetecido, la censura nada vale, porque no se prevendrá impidiendo las publicaciones, que se juzga nocivas, sino que se castigará, se reprimirá el delito de haber publicado eludiendo la censura.

Es decir, pues, que se llega necesariamente al sistema de la represión, sin más diferencia que la de ser diverso el delito que se castiga. Y sea o no condenable en sí mismo el escrito publicado, la publicación se habrá hecho, y se castigará al escritor por el contenido del escrito y por la manera ilegal de la publicación, o solo por ésta, pero nada se habrá prevenido, y el mal que se intenta evitar quedará consumado.

El poder que se arroga la autoridad para juzgar por medio de la censura, de la verdad o falsedad, conveniencia o inconveniencia de los escritos, no descansa en ningún título legítimo. Podríamos reproducir aquí las consideraciones que tenemos expuestas respecto de la libertad religiosa. Los Gobiernos no son los depositarios infalibles de la verdad científica: su misión no es difundir y conservar la ciencia que no poseen, y cuya adquisición está reservada a la humanidad, por medio del esfuerzo laborioso y constante de todas las inteligencias. Y ese esfuerzo sería estéril, si se impidiera la comunicación del pensamiento por medio de la prensa libre. A nadie debe impedirse la emisión de sus ideas, porque si son verdaderas, su utilidad es evidente para los que las poseen, y si son falsas, es necesario conocerlas para refutarlas, y llevar la luz al espíritu dominado por el error. El error es sin duda la condición precisa para llegar a la verdad, y si fuera necesario imponer silencio por temor del error, la ciencia no se habría formado, y la humanidad permanecería estacionaria en el camino del adelanto científico.

Cualquiera que sea el número de los que piensen de diverso modo que un solo hombre, la creencia particular no está subordinada a la general, porque las opiniones y los sentimientos, que no dañan a otro, no son objeto del derecho. Y aún que algo pudiera temerse de la libre emisión de las ideas, ese temor que no es mayor que el que inspiran los actos físicos, no sería bastante para impedirla, como no lo es para impedir al hombre que lleve libres las manos, la posibilidad de que hiera o robe.

“Hay siempre en la censura, dice el mismo Benjamín Constant, una arbitrariedad que la ley no podrá ni prevenir, ni limitar ni castigar. Como el censor es responsable de lo que permite, no se le puede prescribir aquello que puede permitir. Su situación como se ha dicho con mucho acierto es contraria a la de los jueces y los jurados en los

tribunales. Estos se felicitan de absolver: el censor solo queda tranquilo cuando prohíbe. Prohibir es para él, el partido más seguro. Si deja pasar una frase inconveniente, se le acusa de negligencia; si raya diez que no lo merecen, se ve en él un celo excesivo, pero siempre hay disposición para dispensar el exceso de celo.

Además de la censura, se han establecido otros medios preventivos opuestos a la libertad de la prensa. Podemos citar, entre otros, los títulos de los impresores y libreros verdaderos privilegios dados por los Gobiernos y sin los cuales no podía ejercerse estos oficios; la autorización, dependiente de la voluntad de la autoridad, para establecer periódicos y aún los depósitos de fuertes sumas, para conceder los mismos permisos. Todas estas medidas, que hacen depender las publicaciones del arbitrio del poder, o que las rodean las dificultades insuperables para muchos, son verdaderos ataques al ejercicio de un derecho natural, que como todos los de su especie no pueden ser limitados, sino mediante la represión de los abusos.

96

No quiere decir esto que condenemos de una manera absoluta toda medida preventiva. Aquellas que no tienen los caracteres que hemos indicado, esto es, que no hacen depender el ejercicio del derecho de la voluntad arbitraria de los Gobiernos, y que no lo dificultan hasta el punto de hacerlo imposible en algunos casos, las que se limitan solo a facilitar la represión para el caso de abuso, que no paralizan el ejercicio del derecho, sino que lo acompañan, que están al alcance de todos, estos medios pueden y deben ser adoptados como necesarios y convenientes para impedir la impunidad del delito. Así la obligación de constituir un editor responsable, de dar aviso a la autoridad del establecimiento de una imprenta, de poner en toda publicación la imprenta en que se ha hecho, &, son medios preventivos sin duda, pero que no lastiman el derecho, son reglas para su ejercicio, indispensables y útiles, y que no están fuera del poder de reglamentación general que a la sociedad corresponde, respecto de todas las manifestaciones de la libertad individual.

Es pues indudable que la represión, independientemente de los medios preventivos de esta segunda especie de que acabamos de hablar, es el único régimen conciliable con la libertad de la prensa.

La mayor parte de los publicistas convenien, en que el juzgamiento de los delitos de la prensa debe ser encomendado al jurado. Creen y con razón, que, en los procesos por los delitos de prensa, se encuentra interesado el poder público y que por lo mismo no puede ser este juez de su propia causa. “La prensa es el arma de los partidos; la oposición la emplea contra el Gobierno, y es generalmente esta lucha la que da origen a los procesos de la prensa. Se hace necesario buscar para resolverlos una autoridad independiente, y esta autoridad es el jurado que representa al país.”

Encomendar a los tribunales ordinarios el juzgamiento de los delitos de la prensa, sería dar a aquellos un dominio absoluto sobre esta. “El que juzgue a la prensa la poseerá”, y por medio de esta posesión, influirían decisivamente, en la opinión y en la composición de las cámaras y del Gobierno mismo. El dominio sobre la prensa, destruiría una de las más eficaces garantías para la recta administración de la justicia. La prensa es sin duda, el más poderoso obstáculo para los abusos de los malos jueces, y el estímulo más eficaz para los buenos magistrados; no se debe por lo mismo dar al juez, autoridad sobre la prensa, cuando es de alta conveniencia que sea subordinado suyo.

“Los juicios que reposan en la interpretación, dice B. Constant, tiene sin duda algo de discrecional. Si investís a los Tribunales del derecho de pronunciarlos, desnaturalizáis las funciones de los jueces. Ellos deben siempre conformarse a la letra de la ley: su solo deber, su única misión, es aplicarla; pero encargándolos de juzgar del sentido oculto de un escrito, los obligaríais a entregarse a conjeturas, a fabricarse un sistema, a pronunciar sobre hipótesis, cosas que destruyen su cualidad de órganos impasibles de la ley escrita”.

El sentido de un libro depende de una multitud de circunstancias. Mil causas agravan o atenúan lo que puede haber de reprehensible. La ley escrita no podría preveer todas estas diferencias. Los jurados deciden según su conciencia, conforme al natural buen sentido común a todos los hombres. Ellos son los representantes de la opinión pública porque la conocen; ellos valorizan lo que puede actuar sobre ella; son los órganos de la razón común, porque esta razón común los dirige y los exime de las formas impuestas a los jueces, que solo pueden tener

lugar para la aplicación de la ley, pero de ninguna manera para lo que reposa en la conciencia, en la intención, en el efecto moral. No tendréis jamás libertad de la prensa, en tanto que los jurados no decidan de todas las causas de esta naturaleza”.

“En los otros casos los jurados declaran el hecho. El sentido de un libro es un hecho; toca pues a los jurados declararlo. Los jurados declaran, además, si el hecho ha sido el resultado de la premeditación, y el delito de un escritor consiste, en haber premeditado el efecto del sentido contenido directa o indirectamente en su libro, toca pues a los jurados resolver sobre esta premeditación del escritor”.

LECCIÓN X

SUMARIO: - Fundamentos del derecho de propiedad - Doctrinas que desconocen este derecho - Utilidad de la propiedad privada aún bajo el aspecto social - Limitaciones del derecho de propiedad, por la naturaleza de los objetos y por razón de penalidad y utilidad pública - Expropiación forzada e impuestos.

Nos hemos ocupado de la libertad aplicada a la práctica de la vida material, y a las manifestaciones de la actividad intelectual. Debemos tratar en seguida de la libertad en cuanto a la propiedad, esto es, a la adquisición de bienes materiales y al goce y disposición de ellos, y comenzaremos por esta segunda aplicación.

El derecho de propiedad tiene su fundamento en la naturaleza del hombre, y en la de los objetos físicos destinados a satisfacer nuestras necesidades. Y en efecto, la vida humana depende de la satisfacción de un gran número de exigencias, que solo pueden ser llenadas mediante la aplicación de los objetos que la naturaleza material nos presenta, y los cuales poseen las calidades adecuadas para esta satisfacción. Esta relación entre la naturaleza del ser humano que ha menester de esos objetos, y la de estos que han sido organizados para servir de medios a la primera, revela con evidencia el designio de la naturaleza, de que el hombre ejerza sobre los objetos físicos el imperio o señorío que constituye la propiedad.

Ese imperio que el hombre debe ejercer en todas las situaciones en que encuentre, no debe ser estorbado en la vida social, y antes bien, la sociedad debe respetar su ejercicio y rodearlo de garantías, puesto que su fin es asegurar al individuo el ejercicio de sus derechos naturales.

La adquisición y disposición libre de los objetos materiales, o sea de la propiedad, no reposa solamente como algunas veces se afirma, en las necesidades de la vida material. El derecho de propiedad, tiene también su fundamento en exigencias de un orden más elevado, del orden de la actividad moral e intelectual. La propiedad es en la generalidad de los casos, el producto inmediato de la inteligencia y del esfuerzo material, y el trabajo intelectual o físico, es en sí mismo un derecho, es la manifestación de la libertad en una de sus más elevadas aplicaciones.

Existen en el hombre los afectos benévolos, que los afectos benévolos, que lo impelen a hacer el bien de otro, y en la práctica de la vida, una manera eficaz y vivamente deseada de hacer el bien, es cediendo parte de nuestra propiedad.

A pesar de los sólidos fundamentos sobre que reposa el derecho de propiedad individual, ha sido y es tenazmente combatida por las sectas socialistas, y por todas aquellas doctrinas despóticas, que invisten a la sociedad de un poder absoluto y absorbente respecto del individuo.

100

La propiedad individual no existe para Hobbes, pues como ya sabemos, según su doctrina, el individuo no tiene derecho alguno al frente de la autoridad. Cada uno puede ser propietario respecto de sus conciudadanos, “con el permiso de aquel a quien se ha encargado del poder soberano”, pero no existe esa propiedad respecto del soberano mismo, que puede disponer a su arbitrio de todo, según la máxima de que “es justo todo lo que la ley ordena.” – Según esta teoría no existe el derecho individual al frente del derecho social.

Para Bentham, la propiedad nace de la ley positiva. La propiedad solo consiste en la esperanza que se tiene de aprovechar de lo que nos pertenece, y esa la da la ley, y desaparece con ella –La existencia de derechos naturales, anteriores a la ley es una quimera de los filósofos soñadores, con quienes ni siquiera se puede argumentar.

No es menos explícito Rousseau en la negación de la propiedad. “El primero dice, que, habiendo cercado un terreno, se atrevió a decir esto es mío, y encontró personas bastantes simples para creerlo,

fue el verdadero fundador de la sociedad civil. Que, de crímenes, de guerras, de asesinatos, de miserias y de horrores no hubiese evitado a la humanidad, aquel que arrancando las estacas o llenando los fosos hubiese dicho a los demás: cuidaos de escuchar a este impostor: sois perdidos, si olvidáis que los frutos son de todos, y que la tierra a nadie pertenece”.

Las modernas doctrinas socialistas de Babenf y de Owen, de los Sansimonianos y de los Fourieristas, anonadan así mismo la propiedad individual, para concederla solo a la sociedad, la cual otorga a los particulares, un derecho de usufructo más o menos limitado sobre los productos del trabajo. Todas estas doctrinas, falsas en las razones que las apoyan, son irrealizables en la práctica, como contrarias a las más vivas exigencias de la naturaleza del hombre, el amor a la libertad, la conciencia de la dignidad y el respeto a los indisolubles lazos de la familia.

No entra en nuestro plan, ocuparnos de la refutación seria de todos estos sistemas: en el estudio del Derecho Natural, hemos llenado esta tarea. Recordemos solamente, aparte de las consideraciones que acabamos de exponer respecto del fundamento del derecho de propiedad, que la propiedad individual es útil no solamente para el propietario, lo es para la sociedad toda y en más alta escala que lo que lo sería la soñada propiedad social. El trabajo, al cual sirve de estímulo único la propiedad que por él se adquiere; la multiplicación indefinida de los productos, como resultado de ese trabajo; la justa igualdad que la propiedad privada establece como resultado de la aplicación de la ley divina, que hace a cada hombre hijo de sus obras; el adelanto social, siempre en razón directa de las garantías que se da a la propiedad particular, todo convence de la justicia y de la conveniencia de la propiedad privada.

La propiedad como todos los derechos del individuo se halla sujeta en la vida social a necesarias restricciones, cuyo objeto es conciliar el ejercicio del derecho de cada uno con el derecho de los demás. El orden social sería imposible, sino se sujetase a reglas fijas el ejercicio de la actividad de cada hombre, y esas reglas contienen en muchos casos, medidas de prevención, que, si bien no colocan el

derecho individual, bajo la dependencia de una voluntad arbitraria, lo restringen en algo. Esa restricción redundaría en provecho del individuo mismo, porque mediante ella le queda debidamente garantizado el ejercicio de su derecho limitado. Otra causa justificativa de las restricciones impuestas al derecho individual, es la deficiencia de medios con que se tropieza en la vida real, y que hace indispensable que la ley determine la parte de esos medios que a cada uno toca, o la manera especial de usarlos.

La limitación del derecho de propiedad resulta en primer lugar de la naturaleza misma de las cosas materiales que son su objeto. Desde luego hay objetos que la naturaleza ha destinado para el uso común de la humanidad, y que por su modo de ser no pueden entrar en el dominio privado. El mar, el aire, las aguas corrientes, no son susceptibles de la posesión que es el signo de la propiedad y la forma de su ejercicio, ni han menester del trabajo del hombre para producir toda la utilidad que de ellas puede sacarse. Estos objetos pues, según designio evidente de la naturaleza, no son materia del dominio privado.

102

Existen otros objetos que ya por sus especiales condiciones, ya por razones de un legítimo interés social no entran al dominio privado de una manera tan completa como los demás objetos. Así las minas o sean ciertas riquezas naturales que la tierra contiene en sus entrañas, se encuentran sometidas a las leyes especiales, que dan al Estado una autoridad más amplia en relación con la propiedad particular. Los terrenos pantanosos, respecto de los cuales hay un interés común especial, que resulta de la necesidad de garantizar la salubridad pública, y de la conveniencia de convertirlos en terrenos productivos, tampoco son objeto de dominio de una manera completa. Las fuentes de agua minerales, y los ríos no navegables (pues los navegables deben ser del dominio público, salvo ciertos derechos de los propietarios ribereños) también se hallan en condiciones especiales respecto de la propiedad.

Por razón de penalidad y de utilidad pública, se limita también la propiedad privada.

Las penas que se refieren a la propiedad son las confiscaciones y las multas. La confiscación de todos los bienes del condenado, es una pena que casi ha desaparecido de los códigos modernos, a mérito de

los adelantos que ha alcanzado la filosofía penal. Apenas puede imaginarse un castigo más desigual: ineficaz y nulo para el condenado pobre o indigente, es enorme para el rico o el acomodado. Esta pena, recae casi con igual intensidad sobre el delincuente, como sobre su familia inocente, y ofrece además el especial peligro del abuso de ella, por las ventajas que de su aplicación reporta el fisco.

La confiscación de los objetos que constituyen el cuerpo del delito, de los productos que el criminal ha alcanzado con el crimen, y de los que han servido para su comisión, es una pena racional y generalmente aceptada, pues contra ella no existen las razones que hacen inaceptable la confiscación general.

Las multas, o sea la privación de parte de los bienes del condenado, ofrecen también serios inconvenientes, nacidos principalmente de su desigualdad con relación a los delincuentes, y de la variabilidad que llevan consigo a causa de las fluctuaciones de los valores. Ellas sin embargo tienen ventajas positivas que las hacen aceptables, y de allí la necesidad de que el Derecho Penal fije reglas especiales para la aplicación de estas penas, a fin de aprovechar de esas ventajas, disminuyendo en lo posible sus resultados perjudiciales.

La expropiación por causa utilidad pública, es una de las cuestiones más serias, en orden a las garantías de la propiedad.

En conformidad con las ideas que tantas veces hemos repetido, respecto de la necesidad de conciliar el derecho individual con el derecho social, y de las reglas fundamentales que deben guiar al Legislador, para imponer a aquel derecho, las restricciones que son indispensables para llegar a esa conciliación, podemos concluir que la expropiación es justa, como condición indispensable para atender debidamente los intereses públicos, pero deben necesariamente concurrir las siguientes circunstancias: 1ª interés público debidamente acreditado; 2ª necesidad efectiva del objetivo de propiedad particular para atender a ese interés; 3ª indemnización previa del valor que el objeto tiene para su dueño.

La ley francesa de 7 de Julio de 1833, que consulta debidamente este objeto, encomienda, como debe ser, la declaración de la obra pública al Poder Legislativo, siempre que deba ser emprendida

con fondos del Estado, o haya enajenación de bienes de dominio público, y a la administración, cuando se trata de obras de menor importancia, debiendo en todo caso preceder las informaciones administrativas con convenientes sobre la utilidad de la obra: encarga a la administración, la designación de los bienes particulares que deben expropiarse y para hacer esta designación, una comisión especial debe recibir y dictaminar sobre las observaciones que eleven los interesados, a quienes queda el recurso de apelar a la autoridad administrativa superior de la decisión que se pronuncie: a los tribunales corresponde pronunciar el auto de expropiación, después de revisar los procedimientos de forma seguidos por la administración; y finalmente encomienda a un jurado especial la determinación de la indemnización para el propietario.

En cuanto a la expropiación de bienes muebles, es en extremo difícil que se presente el caso en que sea necesario apelar a ella, al menos existiendo una administración bien organizada y previsoras. Por medio de contratos, libremente celebrados, puede el Estado proveerse de todos los objetos de que necesita para los servicios públicos, así en estado de paz como en el de guerra. Pero admitiendo que llegara la vez de expropiar objetos muebles, es evidente que, para tal expropiación, deberían observarse reglas protectoras del derecho individual, más o menos análogas a las que hemos establecido para la expropiación de inmuebles. La inviolabilidad de la propiedad, no depende de la naturaleza de los objetos que la constituyen, y es igualmente sagrada respecto de todos.

Los impuestos constituyen otra limitación de la propiedad, y su título es tan justo como el de la expropiación forzada. La sociedad no puede existir, sino cuenta con recursos para proveer a las diversas y numerosas necesidades del servicio público. La conservación del orden y de la paz, la renta que debe dar al gran número de empleados consagrados a los diferentes ramos de la administración, los gastos que la instrucción demanda, las obras públicas de necesidad y utilidad, y otros muchos objetos que redundan en bien de todos, imponen a los asociados la obligación de contribuir con parte de sus rentas a la formación de los fondos fiscales.

Las reglas sobre la materia son: que el Estado no puede ni debe exigir en contribuciones, mayor suma que la que determinan las necesidades, las verdaderas necesidades públicas y que para consultar la igualdad debidamente entendida es indispensable, que salvando en lo posible las graves dificultades que a este respecto se presentan, distribuya los impuestos, en proporción a la renta de que cada uno disfruta. La economía política establece reglas más detalladas sobre esta importantísima materia. A la ciencia constitucional solo le corresponde sentar la doble base, de la necesidad efectiva sobre que debe reposar el impuesto, y de la igualdad, racionalmente entendida en su distribución. Todo impuesto inútil, dice B. Constant, es un atentado contra la propiedad, tanto más odioso, cuanto que se ejecuta con toda la solemnidad de la ley; tanto más irritante, cuanto que es el rico quien lo ejerce contra el pobre, la autoridad armada contra el ciudadano indefenso.

LECCIÓN XI

SUMARIO: Libertad de industria - Injusticia de los privilegios - Otras medidas injustas - Sistema proteccionista - El socialismo en orden del trabajo - Limitaciones de la libertad de industria.

La libre aplicación de la actividad a las diversas industrias y oficios, es otra de las importantes conquistas del derecho moderno y de la ciencia económica. El trabajo es una ley para el hombre, y la naturaleza ha dotado a los hombres de fuerzas distintas para cumplirla.

Las diversas vocaciones, los grados diferentes de inteligencia y de perseverancia para el trabajo, la mayor o menor robustez para sobrellevarlo, todo revela el designio claro de la naturaleza, de que cada hombre trabaje espontáneamente, y aproveche sin trabas ni restricciones de los productos de sus obras. La sociedad no puede privar al individuo de aquello que no le ha dado; no le es lícito oponerse a la dirección que cada uno da a su actividad, ni poner límites a las fuerzas que emplea, ni menoscabar los productos que alcanza. La autoridad y la ley, tienen por misión garantizar a cada hombre el goce de sus derechos y de sus fuerzas naturales, y faltaría a su objeto, y lo contrariaría si intentase enmendar los designios de la naturaleza, comprimiendo en el individuo el uso de los elementos que este ha recibido de aquella. La verdadera igualdad, como ya lo hemos manifestado, consiste en conceder a todos iguales facilidades y garantías, y dejar que cada uno al amparo de estas, se mueva libremente en la esfera que le trazan sus fuerzas naturales. Si estas esferas de acción son diversas, esa diversidad, no es injusta, porque es la obra de la naturaleza, cuyos dictados soberanos deben ser inviolablemente respetados por la ley.

La acción injusta de la autoridad, sobre la libertad del trabajo, puede ejercerse de dos modos: por medio de prohibiciones, o dispensando fomento o auxilios directos. Los privilegios entran en la primera especie.

Los privilegios consisten en la autorización exclusiva que se concede a individuos determinados, para ejercer alguna industria o explotar alguna empresa. Es como lo indica B. Constant, cuyas ideas vamos a exponer, el empleo de la fuerza del cuerpo social, para hacer recaer en provecho de algunos hombres, las ventajas que la sociedad por su fin debe garantizar a la universalidad de sus miembros.

Los privilegios proporcionan sin duda utilidad para un pequeño número, pero traen pérdida para la generalidad. La generalidad es la que queda privada de los beneficios, que se conceden al pequeño número de los privilegiados. Estos, cuyas ganancias están aseguradas por el monopolio, explotan con descuido y sin economía, la industria materia del privilegio. La concurrencia trae como resultado preciso el esfuerzo constante para perfeccionar el artículo y reducir su costo, y de estas grandísimas ventajas se priva a la generalidad, lo que significa en último resultado, menoscabo para la riqueza nacional. Por último, los medios que la autoridad tiene que emplear para mantener el privilegio, son siempre opresivos y vejatorios, y esto es pérdida de libertad. Son pues tres pérdidas reales para la Nación y en cambio de ellas solo hay ganancias para un pequeño número.

108

Las prohibiciones en materia de comercio y de industria crean dos clases de hombres: los unos que se preparan y habitúan a los crímenes acostumbrándose a infringir las leyes, los otros que se familiarizan con la infamia, viviendo de la desgracia de sus semejantes. Y esas prohibiciones no solamente crean los delitos ficticios, sino que estimulan a su comisión por las grandes ganancias que ofrecen. Son una red tendida a la clase menesterosa, a esa clase siempre agitada por la necesidad y privada de luces.

Las leyes restrictivas de la libertad de la industria y del comercio afectan profundamente a todas las otras libertades. La experiencia constante prueba, que a esas restricciones acompaña siempre en cortejo

de tumultos, cuya represión exige bávaros suplicios, que desalientan al comercio y a la industria, hasta el punto de obligar a su abandono.

Además de los privilegios debemos condenar el antiguo sistema de gremios y de maestros. Según él, nadie podía ejercer un oficio, sin haber hecho el aprendizaje bajo la dirección de un maestro por un tiempo más o menos largo. No se podía salir de la condición de aprendiz, sin adquirir título de maestro, que a menudo era negado por los maestros llamados a juzgar de la aptitud del aspirante. Nadie podía consagrarse a otra industria u oficio que a aquel en que tenía título.

Este sistema, según los merecidos calificativos de Benjamín Constant es inicuo y absurdo. Inicuo, porque niega al individuo que tiene necesidad de trabajar, el trabajo que lo preserva del crimen; absurdo porque proponiéndose el adelanto de los oficios, hace imposible la concurrencia, que es el más seguro medio de conseguir esa perfección. El interés de los compradores es el único medio eficaz para obtener la bondad y baratura de los artículos. El público es el único juez y el mejor juez de los obreros que emplea. El Gobierno no es un juez competente.

Entre las medidas injustas e innecesarias en orden a la libertad del trabajo, debemos citar la fijación del precio de los jornales. Cada hombre es árbitro absoluto para fijar las condiciones bajo las cuales, pone su actividad al servicio de otro: toda intervención de una autoridad extraña, en esta materia, es opresora de esa libertad, cuyos títulos no se pueden poner en duda, y altamente vejatoria de la dignidad. Tal determinación es de otro lado innecesaria. El obrero, que vive del trabajo diario, que se halla apremiado por las necesidades cotidianas, no puede exigir jornales excesivos. La concurrencia, fija el jornal más bajo, aquel que apenas basta al jornalero para la subsistencia.

Esa fijación artificial de los jornales, injusta y opresiva para el obrero no redundará en provecho del público. Los empresarios y los maestros son los que consiguen toda la ventaja. Ellos que pagan por jornal el mínimo que señala la autoridad, fijan al artículo el mayor precio posible, y explotan así, tanto las necesidades del obrero como las de las clases acomodadas.

La fijación del precio de los artículos es igualmente injusta e inútil. Por regla general la autoridad no tiene derecho para separarse de su misión y usurpar al interés privado, el imperio que le corresponde en lo que es de carácter enteramente individual. Cuando se arroga tal derecho, degenera en tiránica, absorbe al individuo en favor de un falso interés de la sociedad.

La concurrencia es sin excepción, la causa verdadera y legítima del equilibrio entre precio de los jornales y de los artículos y las necesidades del público. Y la autoridad cuando tales derechos se arroga, tiene que echar mano para hacer cumplir sus disposiciones de persecuciones y de castigos, crueles generalmente, porque es constante la causa que impele a infringirlas. De aquí la opresión continua de la libertad, el estímulo para inmoralidad que conduce al crimen, el desaliento para el trabajo y el decaimiento de la actividad comercial e industrial.

El sistema del fomento o protección directa a determinadas industrias, es también, aunque en menor grado injusto e inconveniente.

“La intervención de la autoridad en el desarrollo de la industria, por medio de auxilios directos, ofrece en primer lugar el grave peligro de que, cuando esos medios no bastan para el fin que se propone, ocurra a medidas de coacción y de castigo. Pocas veces se resigna la autoridad a no vengarse del mal éxito de sus esfuerzos; ella corre tras de su dinero como los jugadores, pero en lugar de ocurrir como estos al azar, la autoridad apela a menudo a la fuerza”.

La protección de la autoridad a determinadas industrias es altamente inconveniente; porque se corre el peligro de distraer los capitales de su destino natural que es el más provechoso. Respecto de las industrias que ofrecen ganancia es inútil la protección: los capitales acuden a ellas sin necesidad de estímulos ficticios; y respecto de las que no tengan condiciones de vida, es de funestos resultados, porque siempre es ruinosa toda industria que no puede existir independientemente. El Gobierno en tales casos indemniza a los capitales de las pérdidas que experimentan, pero como tal indemnización sale de los impuestos, son siempre los individuos los que soportan el peso”.

Finalmente, el trabajo es fuente de moralidad porque hace depender la vida y la comodidad del hombre de la laboriosidad, de la economía, del orden en sus costumbres- y este encadenamiento natural y saludable se altera y destruye, cuando la protección ficticia, viene a introducir una causa incierta para el bienestar del trabajador.

El socialismo que combate la propiedad, no podía dejar de atacar también la libertad de la industria, porque esta libertad es la fuente principal de la propiedad y para destruir ésta, preciso es comenzar por cegar esa fuente. Se ha intentado pues, dar al trabajo una organización social, invistiendo al Estado del derecho de emprender o dirigir todas las manifestaciones de la industria, distribuirlas entre los asociados, mantener entre ellos una solidaridad forzosa y repartir por sí los productos.

Todos los sistemas socialistas que sustancialmente, descansan en estas ideas, son atentatorios de la libertad individual. La libertad, como un derecho natural, es anterior a la sociedad y a la ley; estas existen para garantizar los derechos naturales, y no para desconocerlos y negarlos. La sociedad no puede privar al individuo de lo que no le ha dado; debe respetar su manera de ser, y apenas le es dado dictar reglas para conciliar el ejercicio de la libertad de cada uno, con la libertad de los demás, pero no puede destruir esa libertad que es el patrimonio del individuo y al cual no renuncia a favor de la comunidad.

La libertad natural, inalienable e indestructible, reposa en todas las manifestaciones de la espontaneidad individual, que da a cada uno la responsabilidad de sus acciones y lo hace hijo de sus obras. La reglamentación del trabajo, en el sentido en que la reclaman los socialistas, es la absorción completa del individuo por la sociedad mediante la destrucción de la libertad individual.

Esa solidaridad forzada entre los trabajadores, y la distribución que la autoridad hace de los productos del trabajo común, contraría los designios de la naturaleza y destruye el principio de la verdadera igualdad. La naturaleza, en efecto, es la que distribuye entre los hombres, conforme a leyes desconocidas, pero evidentemente justas, las fuerzas intelectuales y físicas, y la parte que a cada uno toca en esa repartición

en que la voluntad humana no interviene, constituye su más legítimo y sagrado patrimonio. ¿Con qué título la sociedad intenta enmendar esos secretos designios de la Providencia, para dar a los más perezosos o torpes, lo que es resultado natural de la actividad y de la inteligencia de los otros? La ley es tanto más justa, cuando más se conforma con la naturaleza humana, fuente de todo derecho, y son por lo mismo leyes inicuas, aquellas que se apartan de los dictados de esa naturaleza.

La verdadera igualdad, ya lo hemos repetido muchas veces, consiste en abrir el mismo camino para que cada uno haga su jornada, conforme a sus fuerzas naturales. “Yo estoy convencido, dice Serrigni, que la repartición que se hace hoy de las riquezas, es cien veces más justa y mejor proporcionada al trabajo de cada uno, que la que se haría por los agentes de un poder social, cualquiera que fuera su modo de organización. Y esto no es de admirar, pues, es el resultado de la aplicación de una ley de Dios mismo, que hace llevar a cada uno la responsabilidad de sus obras, mientras que la otra, será siempre el resultado, de una ley humana, arbitraria, discrecional, confiada a hombres inclinados a la parcialidad, y a todas las debilidades de la humanidad”.

112

El medio más eficaz de fomentar el trabajo y con él la riqueza general, es alentar a los productores, y el más vivo estímulo de la producción es el respeto inviolable de la propiedad que cada uno adquiere por el trabajo. La muerte de la industria, el desaliento del industrial, y con él la inmoralidad y el crimen, y el decaimiento de los pueblos, sería la solidaridad forzada y la distribución caprichosa de los productos del trabajo, por las cuales se haría al “obrero laborioso y económico responsable por el perezoso y el pródigo”. La historia de la humanidad prueba elocuentemente estas verdades, hoy demostradas con evidencia por la economía política.

La libertad de la industria, como todas las libertades individuales, tiene sus justos límites fijados por el derecho ajeno. Las leyes positivas deben señalarlos con claridad, y así lo hacen por medidas de represión o de prevención. Las leyes penales que determinan los delitos son de la primera especie. Las de la segunda, son las leyes y reglamentos administrativos que establecen ciertas precauciones, para evitar los males que el uso inmoderado de la libertad de industria pudiera ocasionar.

Por regla general, las únicas medidas preventivas que justamente puede emplearse, son aquellas que, sin hacer depender el ejercicio del derecho de la voluntad discrecional de la autoridad, exigen no obstante determinados requisitos, que todos pueden llenar.

Las restricciones a la libertad de industria, pueden distribuirse según Pradier Fodéré, en seis grupos que tienen por objeto: 1. ° el interés de la fortuna del hombre o de la vida; 2. ° un interés de orden y de humanidad; 3. ° el interés de la moralidad pública; 4. ° el interés de la salubridad pública; 5. ° el interés del orden social; 6. ° el interés fiscal.

- **I. GRUPO.** Interés de fortuna del honor o de la vida de los ciudadanos. Este grupo comprende las restricciones a la libertad del trabajo, relativas a las garantías especiales a que están sometidas las profesiones de abogado, de médico, cirujano o ayudante de médico, de farmacéutico, de herboristas, de comadrona de impresor y de librero, de buhonero y de cartelero; en fin, la legislación sobre los oficiales ministeriales.
- **II. GRUPO.** Interés de orden y de humanidad. En este grupo se puede colocar, por ejemplo, las leyes que se preocupan de las empresas de contratos o transporte de emigrantes.
- **III. GRUPO.** Interés de la moralidad pública. En este grupo se puede comprender las leyes sobre las agencias de colocaciones; las prohibiciones relativas a la venta de dibujos, gravadas, medallas, &.; las leyes que exigen una autorización previa para abrir cafés o tiendas para vender licores por menor, y confieren a la administración el derecho de cerrar esos establecimientos; las disposiciones sobre la reglamentación de las empresas teatrales, y que someten a una autorización la representación de cada obra dramática.
- **IV. GRUPO.** Interés de la salubridad pública. La reglamentación de la venta de sustancias venenosas y la del comercio de ciertos productos, corresponden al cuidado de ese interés.
- **V. GRUPO.** Interés del orden social. Este grupo comprende las leyes que prohíben fabricar y vender armas, pólvora y municiones

de guerra; fabricar, vender o guardar máquinas mortíferas o pólvora fulminante; fabricar o emplear prensas, mazas y laminadores; en fin se puede colocar en este grupo las reglas referentes al comercio y a la industria de las materias de oro y de plata.

- **VI. GRUPO.** Interés fiscal. Bajo este título se reúnen las disposiciones legales relativas a los monopolios que puede reservarse el Estado: la fabricación y la venta de tabacos, el transporte de las cartas por el correo, la expedición de despachos por las líneas telegráficas.

LECCIÓN XII

SUMARIO: Derecho de asociación - las medidas preventivas y represivas respecto de este derecho - Legislación belga - Derecho de petición - Restricciones de este derecho.

La asociación es para el hombre una necesidad imperiosa y un medio poderoso de bienestar y de adelanto. Independientemente de las sociedades naturales, que como la familia, reciben sus leyes no de la voluntad del hombre sino de la naturaleza, y de la sociedad civil o Estado, cuya formación y organización esencial tampoco dependen de las leyes positivas, las sociedades particulares destinadas a la más perfecta realización de los fines impuestos a la actividad humana, tienen su razón de existencia, en el vehemente deseo de la unión que anima al hombre, y en la necesidad de esa unión que suple la deficiencia de las fuerzas individuales, multiplicándolas poderosamente. La asociación, es así, la forma de realización de todos los fines y el medio indispensable para el ejercicio de todas las libertades.

El derecho de asociación a pesar de los irrevocables títulos en que se apoya, es sin embargo, el que más restricciones encuentra en las legislaciones positivas, y este hecho se explica, porque siendo la asociación “el instrumento más formidable para el bien y para el mal”, ninguna libertad, ninguna fuerza, puede ofrecer mayor resistencia, ni luchar con mejor éxito contra el Poder Público.

En la tarea constante de conciliar el derecho individual con el derecho social, en orden a la libertad de asociación y reunión, se nos presentan las tres especies de medidas de que se puede valer la ley, para dar soluciones más o menos justas o injustas a ese perenne conflicto.

Las medidas preventivas prohibitivas, que, como la censura respecto de la prensa, intentan evitar el abuso del derecho individual, destruyéndolo por completo, esto es, librando su ejercicio a la voluntad de la autoridad. La prohibición de asociarse o reunirse sin el consentimiento de la autoridad sería pues una medida de este género. Bajo el imperio de este sistema, el derecho de asociación desaparece por completo, porque no hay derecho allí donde su ejercicio depende de la voluntad ajena. La libertad consiste en la facultad de determinarse, bajo responsabilidad por el abuso, y por lo mismo se sacrifica la libertad cuando se prohíbe hacer algo, en vista del abuso posible de la acción.

Hay otra especie de medidas preventivas que no destruyen el derecho, que acompañan a su ejercicio, como formas o condiciones especiales de él, y cuyo objeto principal, es asegurar la responsabilidad por los actos que se practiquen. Muy difícil es en este género de medidas, que queden en el límite de lo justo; con frecuencia y este es el peligro que ofrecen, estas medidas entrañan verdaderas prohibiciones, sino del ejercicio completo del derecho, al menos de algunas de sus manifestaciones. Cuando tales disposiciones no importan el sacrificio de manifestaciones sustanciales del derecho, pueden ser empleadas con moderación y prudencia.

116

Las medidas de represión, aquellas que castigan el abuso cometido, son las que realizan de una manera perfecta la conciliación del derecho individual con el derecho social. Son compatibles con la libertad individual, porque como sabemos, la libertad solo se extiende hasta el punto en que se toca al derecho ajeno; cuando se pasa ese límite se procede sin derecho, y debe hacerse efectiva la responsabilidad, que es la base y la condición de la libertad. La ley existe para reprimir el abuso y reparar por medio del castigo el orden social alterado. Las medidas represivas, son las que realizan de lleno, la justa divisa del sistema perfecto de armonía entre los derechos individuales y los legítimos intereses de la sociedad: “libertad, orden público”.

La legislación belga, es en esta materia entre las legislaciones extranjeras, una de las más liberales. Britz resume así el derecho belga sobre este punto.

“Los belgas tienen el derecho de asociarse; este derecho no puede ser sometido a ninguna medida preventiva. [Constitu. art. 20] Tienen igualmente el derecho de reunirse pacíficamente y sin armas, conformándose a las leyes que pueden reglar el ejercicio de este derecho, sin sujetarlo sin embargo a una autorización previa. En cuanto a las reuniones en lugares abiertos, quedan enteramente sometidas a las leyes de policía. (Constitu. art. 18). Las reuniones de esta especie que tienen un objeto religioso, como las procesiones, por ejemplo, no están comprendidas en la última parte del artículo 19 de la Constitución: la autoridad comunal no puede prohibirlas o dispersarlas por medida de policía.

Esta disposición significa en otros términos 1° que el Poder Ejecutivo no puede tomar ninguna medida preventiva en cuanto al establecimiento de sociedades, clubs, corporaciones, juntas, comunidades u otras asociaciones o agregaciones de individuos que tengan un fin político, religioso, científico, filantrópico, comercial, industrial, electoral o de entretenimiento; que estas asociaciones pueden tener relaciones con otras y redactar peticiones; 2° que no es necesario autorización previa de la autoridad pública, para reunirse pacíficamente con un objeto de entretenimiento u otros serios en las casas particulares o lugares donde el público no tiene acceso.

Esta disposición no es aplicable a las reuniones o juntas que se verifican en lugares públicos, como cafés, cantinas, tabernas, para diversiones como bailes u otras. La autoridad comunal conserva la misión de reglar la policía de estos lugares, esto es mantener el orden y la decencia. El reglamento comunal puede pues sujetar a una autorización previa del alcalde o comisario de policía la apertura de tales bailes o diversiones. Con mayor razón puede la autoridad sujetar al mismo trámite, las diversiones o bailes, que se verifican al aire libre, en la vía pública, plazas, jardines &.,

El último de los derechos públicos que debe llamar nuestra atención, es el de dirigir peticiones a las autoridades constitucionales, ya con un objeto de interés privado del peticionario, o en solicitud de una medida de interés general. Las autoridades y las leyes existen precisamente para garantizar los derechos de los individuos en particular,

y de la asociación en general; pero esa garantía y esa protección, no serían en muchos casos oportunas y eficaces, sino fuera permitido a los interesados ocurrir a las autoridades, exponiendo la necesidad que de aquellas tienen, y solicitando su dispensa. El derecho de petición, es así el complemento natural de todos los derechos, el medio de alcanzar protección para todos.

Las peticiones que se dirigen al Poder Judicial, y que tienen por objeto demandar o el reconocimiento de un derecho privado lastimado o desconocido, o la imposición de la pena correspondiente al criminal, son materia de leyes especiales, que reglan detalladamente la manera de proceder. La importancia especial de este género de peticiones, para las cuales existe exclusivamente el Poder Judicial, hace de ellas un ramo aparte, que estudia extensamente la teoría del Procedimiento, y para el cual existen cuerpos de leyes también separados y especiales. Es por eso que, al hablar de derecho de petición en el Derecho Público, no se comprenden las demandas judiciales, civiles o criminales.

El derecho de petición, ha sido en las épocas de agitación social de los Estados, el medio por el cual las masas han pretendido ejercer, y han ejercido realmente, presión sobre las asambleas deliberantes. Se ejercía este derecho, concurriendo en multitud y con armas a la barra de las asambleas, para exigir de ellas las medidas que los espíritus exaltados creían convenientes. Estos abusos del derecho de petición, dieron lugar a medidas reglamentarias de su ejercicio. Entre estas medidas, es universalmente adoptada la de que las peticiones deben ser hechas por escrito. También se ha prohibido algunas veces dirigir peticiones colectivas, reservando este derecho a las autoridades constituidas.

TERCERA PARTE

DERECHOS POLÍTICOS

LECCION XIII

SUMARIO: - Nacionalidad - Antiguo principio del lugar de nacimiento - La nacionalidad de los padres determina la de los hijos - Naturalización - Derechos y obligaciones de los nacionales - Extranjeros domiciliados y transeúntes - Derechos y obligaciones de los extranjeros o leyes a que están sujetos.

Al empezar el estudio de la parte del Derecho Constitucional que se ocupa de la organización política del Estado, debemos ante todo hacer la clasificación de los habitantes de la nación, en nacionales y extranjeros y fijar los principios que determinan esas calidades. Y es indispensable ocuparse previamente de esta materia, porque los derechos y obligaciones que concede e impone la marcha política de los Estados solo corresponden a los nacionales.

La nacionalidad se adquiere por origen o por naturalización. Según el antiguo derecho, el lugar del nacimiento daba la nacionalidad de origen. No se tenía absolutamente en cuenta la nacionalidad de los padres: el lugar donde se nacía determinaba la nacionalidad de pleno derecho. Este principio rige aún en algunas Constituciones, si bien ninguna se desatiende del todo la nacionalidad de los padres.

“El principio según el cual, dice Laurent, el territorio imprime la nacionalidad a aquellos que nacen en él, viene del régimen feudal, como muy bien lo observa el tribuno Gary. He aquí porque este principio era admitido siempre en todos los países de Europa, y porque se ha mantenido en Inglaterra, donde reinan aún tradiciones feudales. Cuando se discutía, el título primero [del Código de Napoleón] en el tribunado, Boissy d’Anglaes, caracteriza perfectamente el régimen feudal,

que abolido en 89 en lo que tenía de odioso, prolonga su imperio hasta bajo la República, en el dominio de las leyes civiles. “Entonces el hombre y la tierra eran una sola y misma cosa y el uno se confundía en la naturaleza de la otra”. Las naciones no existían aún; no había sino una clase dominante y clases esclavizadas: entre estos se encontraba el extranjero. El hombre siendo una dependencia del suelo, pertenecía naturalmente al señor del suelo. Cuando la feudalidad se transforma y da lugar a la monarquía, el principio cambia de forma: de aquí la máxima que todo individuo nacido en el suelo de un país es súbdito del rey. El territorio dominaba las personas”.

Con el espíritu del Derecho moderno, tan opuesto a la feudalidad y al poder absoluto, el principio que rige la nacionalidad ha variado también. Se ha comprendido con acierto, que la nacionalidad es cuestión de raza y de sangre y estas, se transmiten de padres a hijos, independientemente del lugar, en que la casualidad hace que el hombre abra los ojos a la luz. Los pueblos se perpetúan por la propagación de sus hijos; y es por lo mismo la nacionalidad de los padres la que debe determinar la del hijo.

Con arreglo a este principio, que es el que domina en las Constituciones modernas, el hijo de legítimo matrimonio forma parte de la nación a la cual pertenecen los padres, o el padre si ambos no son de una misma nacionalidad, y el hijo ilegítimo sigue la nacionalidad de la madre, a menos que sea reconocido por el padre cuya nacionalidad le corresponde entonces; el hijo de padres desconocidos, es nacional de la patria en cuyo territorio nace. Sin embargo, de que se reputa nacional al hijo de padres nacionales, con prescindencia del lugar del nacimiento, las constituciones deben reservar y reservan en efecto, la facultad de reclamar la nacionalidad del lugar del nacimiento, y es sin duda justa esta reserva, pues aun cuando la nacionalidad es cuestión de raza, los vínculos que en determinadas circunstancias unen al hombre con el suelo en que nace y se desarrolla, y con la sociedad de la cual recibe la educación, las costumbres, el idioma y la religión tal vez, son más estrechos sin duda, que los que lo unen con la patria de sus padres, desconocida para él en muchos casos, y a la que nada debe. Como se ve, el principio del lugar del nacimiento, puede ser debidamente acatado, y se concilia perfectamente con el de la nacionalidad de los padres que es el dominante.

El segundo modo de adquirir la nacionalidad es la naturalización. El espíritu de fraternidad que domina en las legislaciones modernas, y el respeto al derecho individual de traslación, han inspirado las facilidades que el extranjero encuentra para adquirir la nacionalidad, en el país en que cree hallar más ancha esfera a su actividad, o más garantías para sus derechos. Las naciones son sin duda árbitras para fijar las condiciones bajo las cuales, conceden a los extranjeros la nacionalidad que desean adquirir. Llenadas esas condiciones, que como hemos dicho son, según el espíritu moderno, de fácil realización, queda consumado un verdadero pacto entre la nación y el extranjero que la elige como patria. Al derecho positivo de cada país, toca estudiar las disposiciones de las leyes a este respecto.

A los nacionales corresponden todos los derechos que las leyes reconocen, y sobre ellos pesan todas las obligaciones. Las leyes se dictan para ellos. Los derechos privados son los que reglan las relaciones de los hombres como particulares, corresponden a todos sin excepción. Algunos, como los menores y los locos, no pueden ejercerlos por sí mismos, y las leyes proveen a esa incapacidad, encomendando ese ejercicio a los padres o guardadores.

Los derechos públicos, esto es, la igualdad civil, y la libertad en sus numerosas manifestaciones, corresponden a todos sin distinción de edad, de sexo, de capacidad &. Hombre o niño, mayor o menor, capaz o incapaz, todos deben ser tratados igualmente; a unos no se puede imponer mayores contribuciones que a otros, a nadie se puede encarcelar sin las formalidades que la ley determina &, &. Estos derechos son los que fijan los límites de la acción de los Poderes Públicos, límites que no pueden traspasar, en ninguna circunstancia ni respecto de persona alguna.

Los derechos políticos, a diferencia de los privados y de los públicos, no existen para el provecho o interés particular del individuo; su objeto directo es la organización y la buena marcha de la sociedad. El uso de estos derechos, es el ejercicio del poder soberano, pues con ellos se elige a la autoridad, o se es elegido para ejercerla, y el ejercicio de la autoridad, no se alcanza para provecho propio y personal, sino para el bien común. Este objeto verdadero de los derechos políticos,

hace indispensable la exigencia de condiciones de moralidad y de aptitud para conceder su ejercicio.

En cuanto a los derechos y obligaciones de los extranjeros Pradier-Fodéré, resumen toda la teoría en los términos siguientes:

“El gobierno no debe tan solo usar de cortesía en sus relaciones oficiales con las demás potencias, y hacer que se observen las consideraciones que les son debidas; la hospitalidad también les impone la ley de extender su protección a los extranjeros que visitan su territorio. Estos huéspedes son o viajeros que van de un país a otro por su instrucción o su placer, o individuos que son llamados al extranjero por sus negocios, o inmigrantes que van a buscar una nueva patria y a hacerse naturalizar: emigrados, desterrados o refugiados. Los EMIGRADOS son aquellos que huyen de un peligro cuya causa es política, pero que tienen la intención de regresar a mano armada al territorio de su país. Los DESTERRADOS son individuos expulsados de su patria por una condenación judicial o por un acto de autoridad. Los REFUGIADOS son, en general, partidarios que escapan por la fuga, de una persecución política inminente. Muy comúnmente también son criminales que escapan de la aplicación de las leyes penales de su nación.”

En los Estados europeos la entrada en el territorio de las diferentes naciones es libre, en todas partes, para el que no es enemigo del Estado. Sin embargo, el derecho exclusivo que cada nación tiene a su territorio, podría autorizarla a cerrar la entrada a los extranjeros y, por consiguiente, a no conceder el tránsito o la permanencia sino a los que hubieran obtenido permiso especial para ello. En Francia ningún extranjero, puede ser admitido en territorio francés, si no está provisto de un pasaporte de la autoridad de que depende, refrendado por un agente diplomático, embajador, ministro o cónsul de Francia. Esta libertad de entrada, de tránsito y de permanencia, que las naciones civilizadas conceden bajo ciertas condiciones, está confirmada por un gran número de tratados, y, a falta de tratados, ella reposa en un uso generalmente reconocido. En cuanto al tránsito de cuerpos de tropas por el territorio extranjero, está subordinado a una previa

autorización. Es lo mismo para la introducción de buques de guerra; es preciso una autorización especial o un tratado, y en los tratados es de uso determinar el número de los buques de guerra que podrán entrar en los puertos, o pasar bajo los cañones de los fuertes vecinos sin necesidad de estar autorizados.

El extranjero está sometido a las leyes de policía y de seguridad del país por donde viaja, es decir, a las leyes que imponen deberes para proteger la tranquilidad, la libertad, la propiedad, la salud y la seguridad de los ciudadanos en general. Sería imposible hacer reinar el orden en un país si los extranjeros pudieran turbarlo impunemente. Además, desde que son admitidos en el territorio, están bajo la protección de las leyes y del gobierno del país que le da hospitalidad; le deben pues obediencia. La ley del país debe ser obedecida por los que están colocados o vienen a colocarse, aun pasajera y bajo su tutela. También esta ley es la que debe arreglar los bienes inmuebles, de que son propietarios los extranjeros fuera de su patria. Una nación no sería independiente de las demás, y no tendría una soberanía completa, si una porción cualquiera de su territorio pudiera ser sometida a la legislación de un gobierno extraño. Los bienes inmuebles de los extranjeros están sometidos a los mismos impuestos que los de los nacionales, y en cuanto a las contribuciones que pesan sobre la persona o sobre los muebles, no se exigen generalmente a los extranjeros, sino cuando su presencia toma el carácter de un establecimiento permanente. Si, en estos límites, es justo hacer que los extranjeros contribuyan, porque los gastos que necesita el gobierno deben ser soportados por los que aprovechan de las ventajas de su establecimiento, nada justificaría la medida que impusiera una cuota más fuerte a los extranjeros que los nacionales. Los extranjeros, en fin, deben tener el derecho de suceder, de disponer y de adquirir, de la misma manera que los nacionales. En cuanto a su estado personal, es decir su posición en la sociedad y su capacidad de efectuar ciertos actos, no puede estar regido sino por las leyes de su país. Las leyes personales se adhieren a la persona y la siguen a donde quiera que juzgue a propósito residir.

La confianza en los contratos se debilitaría y las relaciones de negocios civiles o comerciales llegarían a ser muy difíciles, si los nacionales estuvieran expuesto a perseguir judicialmente fuera de su país la

ejecución de las obligaciones contratadas con ellos por extranjeros. No estarán, pues, obligados a dirigirse a los jueces del país de su deudor, sino que llevarán su acción ante sus tribunales nacionales.

El principio de la independencia de los Estados se opone a que un gobierno esté obligado a ejecutar una sentencia pronunciada en un país extranjero, contra las personas o contra los bienes que se encuentran en los límites de sus fronteras. La ejecución de una sentencia, es, en efecto, un acto de autoridad pública. No obstante, las relaciones de buena amistad y consideraciones de utilidad y de conveniencias recíprocas, han hecho admitir excepciones a la regla de que los juicios no puedan recibir su ejecución en un Estado extranjero. Estas excepciones de han establecido, ora por tratados de nación a nación, ora por las leyes de un Estado que consagran el principio de la reciprocidad, ora por el simple uso. Pero ningún Estado ha consentido en que, en su territorio, la ejecución de una sentencia extranjera se efectúe en virtud de la sola autoridad del juez que la ha pronunciado; en todas partes el Estado ha reservado a sus propios jueces el poder de ordenar esta ejecución, después de examinar si la sentencia no encierra una disposición contraria, sea a la soberanía de la nación en cuyo territorio deberá tener lugar la ejecución, sea a los intereses de esta nación como tal, sea en fin al derecho público del mismo Estado. Es cuanto a los actos, tales como el nombramiento de curador de un ausente, de un menor emancipado o de una sucesión vacante, que no tienen por objeto el examen y la decisión de las causas litigiosas, ni la ejecución de estas decisiones, sino que se refieren a puntos que no ofrecen disputa y que no exigen de la persona encargada del ejercicio de esta jurisdicción voluntaria, sino una confirmación o un testimonio público, como ellos son de aplicación mucho más frecuente en las relaciones entre las naciones, que las decisiones expedidas por la jurisdicción contenciosa, su autoridad está admitida generalmente sin examen previo.

Que las leyes de un Estado impongan más o menos condiciones al extranjero que pida la naturalización; que lo sometan a una residencia más o menos larga, según los servicios que ha prestado o no a su patria, y que durante este intervalo le concedan más o menos derechos; que se muestren indulgentes con el nacional, que, habiendo perdido su

calidad, solicita su rehabilitación y favorables al hijo de este nacional nacido fortuitamente en el extranjero; que subordinen el goce de los derechos políticos, después de adquirida la naturalización, al cumplimiento de tales o cuales condiciones, esos son puntos abandonados a la legislación positiva de cada pueblo, que, según sus inspiraciones, sus intereses o sus necesidades, puede conceder o negar el derecho de ciudadanía. Sin embargo, está generalmente admitido que la naturalización, y aún una residencia prolongada, tienen por efecto asimilar los extranjeros a los nacionales y que, en este caso sean tratados como los súbditos del Estado en cuyo territorio se han establecido. Pero una cuestión interesante es la de saber si un gobierno puede rodear de restricciones la naturalización de sus nacionales en un país extranjero y oponerse a la emigración. “Una ley dice Beccaria, que tentara quitar a los ciudadanos la libertad de dejar su país, sería una ley vana; pues, a menos que rocas inaccesibles o muros impracticables separen este país de todos los demás, ¿cómo vigilar todos los puntos de su circunferencia? ¿Cómo vigilar a los mismos vigilantes? La emigración denota siempre un profundo malestar en el seno de la sociedad en que se manifiesta. Para que el hombre renuncie a la patria a que está naturalmente ligado por las primeras impresiones de la infancia, es preciso, por lo general, que no pueda desarrollar sus facultades físicas y morales en el suelo natal. El mejor medio de evitar la emigración, es procurar generalizar el bienestar de las poblaciones por medio de prudentes instituciones.

Los deberes de la hospitalidad deben conciliarse con las precauciones que aconseja la prudencia para con los refugiados. Es preciso también distinguir si, estos individuos son o no refugiados políticos. Es cierto que, salvo el caso formal, los refugiados políticos no pueden ser entregados nunca al gobierno que los reclama. Están bajo la salvaguardia del derecho de gentes. Sin embargo, según los casos, el gobierno tendría el derecho de reunirlos en una ciudad, y, si llegaran a ser peligrosos para el orden público, podría hacerlos salir del territorio. Esta medida de rigor sería, además, aplicable a los extranjeros no refugiados, que turban la seguridad de los nacionales. Por eso es que la autoridad administrativa tiene siempre el derecho de expulsar de su territorio a los vagabundos extranjeros.

La extradición es el acto por el cual un gobierno entrega a otro gobierno, que lo reclama para juzgarlo, a un individuo acusado de crimen o de delito. Ciertos publicistas la consideran como obligatoria, fuera de toda convención especial. Otros sostienen, al contrario, que es necesaria una convención especial para que un Estado esté obligado a consentir en la extradición que se le pide por otro Estado. No existe, a este respecto, entre las naciones, uso general que constituya una obligación perfecta, y que tenga fuerza de Derecho internacional propiamente dicho. El principio generalmente admitido, es que, estando toda extradición subordinada a consideraciones de conveniencia y de utilidad recíprocas, los gobiernos no están obligados a otorgar la extradición de un delincuente, a menos que existan entre los dos Estados tratados formales aplicables a la materia. En el uso, las extradiciones se conceden, ordinariamente, aún sin tratado. Pero es menos fácil consentir en la extradición de un ciudadano o súbdito que en la de un extranjero, y las leyes de muchos Estados prohíben expresamente la extradición de los naturales del país. En fin, la extradición no tiene lugar sino en perjuicio de los individuos culpados de crímenes o delitos comunes, es decir, de infracciones que las leyes de todos los países miran como punibles. Es generalmente admitido por los gobiernos de Europa, que la extradición no debe tener lugar ni por delitos políticos, ni por delitos ligeros o puramente locales.

La observancia de estas reglas y de estos principios, en los que reposa la armonía de las naciones, crea para el Gobierno que representa al Estado, ser colectivo e independiente, una serie de derechos y deberes que solicitan su actividad, y exigen de su parte una pronta, inteligente e irresistible acción.”

LECCION XIV

SUMARIO: Necesidad universalmente reconocida de los Poderes Públicos - Desenvolvimiento histórico y orden lógico de los tres poderes - Independencia entre ellos - La separación no puede ser absoluta - No puede existir un poder conservador aparte.

Hay en todo orden de conocimientos, verdades que el sentir universal de la humanidad acepta sin vacilación y sin réplica. La necesidad de una autoridad investida de fuerza, para conservar en la sociedad el derecho de cada hombre, distribuir la justicia, administrar los negocios comunes, y conservar por estos medios, el orden social, y el bienestar individual y común, es una de aquellas verdades que instintivamente se aceptan, y cuya aplicación práctica es tan antigua como el hecho de la sociedad misma. Por groseras que sean las formas, que las sociedades presenten en las épocas más remotas de su historia, encontramos siempre el principio de la autoridad y el sometimiento a sus mandatos, como una ley a cuyo imperio jamás se ha sustraído la humanidad. Pero si la existencia de la autoridad, no está sujeta a discusiones, estas existen, y son tan antiguas como el hecho mismo de que nos ocupamos respecto de la forma de organización del Poder. No es posible ni siquiera enunciar todas las dudas, todos los problemas, que, en orden a la organización del Poder Público, se han debatido y aún están en tela de juicio, entre los filósofos de todas las épocas, y de todos los pueblos; y que han motivado las profundas y constantes agitaciones de las naciones. Buscar pues los principios fundamentales de esa organización del Poder Público, es la tarea que se propone el Derecho Político.

En la primera edad de los pueblos, casi no es posible encontrar con precisa distinción, las funciones que la autoridad debe ejercer, o sea los poderes públicos. “El soberano rey o pueblo, los tiene estrechados en su mano todo poderosa, y se doblegan bajo el imperio de una voluntad única”.

El desenvolvimiento natural y necesario, de las ideas y de los intereses, trae consigo la separación lenta de esas funciones y la saludable limitación del poder de esa voluntad exclusiva. “El soberano agobiado con el peso de deberes que sobrepasan a sus fuerzas, y que no puede desatender sin dar lugar a quejas importunas, aún para el despotismo; falto de apoyo, de instrumentos y de consejos; extraviado por la ignorancia o por pasiones que no reconocen freno; marcha al acaso, lo guía su capricho y no retrocede ni ante la violencia. Los súbditos se alarman, reina la arbitrariedad, y un malestar universal turba los espíritus.

130

Para aligerar tan pesado fardo; para disipar las alarmas, restablecer el movimiento, prevenir las resistencias, se concede la protección de una autoridad especial, para aquellos que es más caro a ciudadanos; su propiedad, su libertad personal su vida. Sustraer estos precisos bienes a las incertidumbres de una voluntad movible, es la necesidad que más pronto y más vivamente se deja sentir. El orden judicial queda fundado. Por el establecimiento de los tribunales, los pueblos entran en la vía de las instituciones regulares, y se inician en él beneficios de la separación de los poderes.

Aplicar la ley, tal es la misión de los tribunales; pero si la ley es arbitraria; si el juez obedece a una regla incesantemente variable, la seguridad que los tribunales ofrecen es ilusoria e incompleta. Es preciso pues, como consecuencia del establecimiento judicial, dar a la ley la duración, la madurez, y hacerla estable para que su aplicación sea firme y segura. Con este objeto se le rodea de formalidades particulares, se la prepara con más cuidado, se la somete a un examen más reflexivo, a más seria prueba; se la publica con solemnidad, y se la preserva de este modo de fáciles cambios. Aun cuando quede todavía, como atributo del jefe del Estado, ella toma una forma propia, que prepara una separación más completa.

Mas tarde cuando instituciones políticas se fundan, el derecho de hacer las leyes deja de pertenecer al rey exclusivamente, y se divide entre él y las asambleas que representan a la nación. En algunas circunstancias, por un desmembramiento absoluto, ese derecho pasa por completo a las asambleas, y el jefe del Estado no participa de su ejercicio, sino por la iniciativa si se le acuerda, y por el voto más o menos absoluto.

Dos poderes, el Poder Legislativo y el Poder Judicial se desprenden y adquieren una existencia propia, al monarca se le reserva solamente el Poder Ejecutivo, es decir el cuidado de ejecutar las leyes, aquellas al menos cuya aplicación no corresponden al Poder Judicial, y de gobernar la nación bajo su autoridad.

Tal es el cuadro del desenvolvimiento histórico de los poderes públicos, que con notable acierto nos traza M. Vivién. La suma de la autoridad en manos de un monarca absoluto; el Poder Judicial, la primera desmembración de esa autoridad sin límites, porque las garantías que ofrece una justicia independiente, son las más prontamente reclamadas por los súbditos, como que se trata de sus más caros intereses, la vida, la propiedad, la libertad; el Poder Legislativo, en seguida para dar a la ley el acierto y la estabilidad necesaria para que la conservación de los derechos sea sólida y estable; finalmente el Poder Ejecutivo limitado, a las funciones de gobierno y administración, bajo el imperio de las leyes.

En el orden de las ideas, debemos colocar en el primer término al Poder Legislativo, cuya misión es fijar las reglas a que debe subordinarse la libertad de cada uno, y la acción de la autoridad misma. En segundo lugar, al Poder Ejecutivo, encargado del cumplimiento de esas leyes en general; y por último al judicial, que aplica las de carácter privado para resolver las diferencias entre los particulares, y para juzgar los delitos.

¿Estos tres poderes deben ser independientes? hasta qué punto puede establecerse esa independencia. He aquí el primero de los problemas de que debemos ocuparnos.

El principio de la separación de los poderes públicos, es hoy y desde Montesquieu en Francia y desde Paley y Blackstone en Inglaterra, unánimemente reconocido, como la más sólida garantía de la libertad –Todos los publicistas la aceptan como base de la organización política de los Estados, y se encuentra sancionado en las constituciones de todos los pueblos regidos por los gobiernos libres.

La libertad política del ciudadano, dice Montesquieu, es aquella tranquilidad de ánimo que procede de la opinión que cada uno tiene de su seguridad; y para gozar de esta libertad es preciso, que sea tal el gobierno, que un ciudadano no pueda temer a otro.

Cuando los poderes legislativo y ejecutivo se hallan reunidos en un mismo sujeto, o cuerpo de magistrados no hay libertad, porque puede temerse que el mismo monarca o senado, forme leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente.

132

No hay además libertad, si el Poder Judicial no está separado del legislativo y ejecutivo. Si estuviera unido con el legislativo, sería arbitraria la potestad sobre la vida y libertad de los ciudadanos; porque sería legislador el juez. Si estuviera unido con el ejecutivo tendría el juez todas las facultades de un opresor.

Se perdería todo, si un mismo sujeto, o cuerpo de magnates, nobles o pueblo, ejerciese estos tres poderes; el de hacer las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el juzgar los delitos y contiendas de los particulares.

Estas verdades son incontestables. El poder público como la sociedad misma, existen para la conservación de los derechos del individuo; para darle garantías de seguridad y libertad. Es por lo mismo indispensable para alcanzar ese objeto, poner límites a la acción de la autoridad, a fin de inspirar a todos, la convicción de que la autoridad no puede desconocer el derecho, menoscabar la libertad de los asociados. Huir de la arbitrariedad es el primero y más importante propósito de toda constitución, y no se aleja, sino que se establece la arbitrariedad, allí donde una sola voluntad puede dictar leyes despóticas para ejecutarlas o derogar las leyes justas para mandar sin trabas. La misma arbitrariedad impera, cuando no se establece una administración de

justicia independiente. Ningún límite tendría la autoridad del juez, a quien fuera dado dictar las leyes, de cuya aplicación está encargado, y ninguna garantía hallarían los ciudadanos en un juez, que dependiera de la voluntad del ejecutivo, el cual podría lastimar el derecho de los particulares, seguro de alcanzar la sanción de sus abusos, de un Poder Judicial que le estuviera subordinado. Aún hay más. La ley constitucional debe tener en el Poder Judicial, un celoso guardián, con respecto a los derechos privados, lastimados por leyes violatorias de la carta fundamental.

Es necesario colocar entre la constitución y el Poder Legislativo, un poder, que haga efectiva las garantías que la primera concede, contra las leyes que se dicten en oposición a ella. Este gran paso ha sido dado por los Estados Unidos de América. “Si el congreso decide por una ley, que se tiene el derecho de detenerme como medida de seguridad general, y de hacerme juzgar por una comisión, yo me dirijo a la corte federal y le pido un mandato de habeas corpus; en virtud de este mandato comparezco ante ella, y demando mi libertad provisional y el juicio por jurados. En este caso la corte decidirá, si hay lugar a ello, que esa ley del congreso no puede dañarme, por ser contraria a la constitución. Ella decidirá, como deciden nuestros tribunales, cuando no se trata de leyes sino de ordenanzas administrativas...” La gran reforma hecha en América es pues colocar entre la constitución y la legislación un poder que dice al legislador: “la constitución hecha por el pueblo, es la ley tuya y mía. Es la ley de las leyes. No debemos violarla, ni uno ni otro”.

La separación o independencia de los poderes públicos no es absoluta. No se trata del aislamiento completo de los poderes entre sí, porque si fuera posible establecerlo, se rompería la unidad del objeto común de su acción que es la conservación de los derechos y el bienestar general, y además no tendría límite la autoridad de cada uno de ellos. La independencia necesaria y útil, es aquella, que, no obstante, los vínculos que deben unirlos, y la participación moderada que a cada uno corresponde en las funciones de los otros, no los despoja sustancialmente de estas. Los poderes públicos deben estar organizados como tres ruedas principales de una maquinaria, que reciben una misma impulsión, se engranan, y combinan sus movimientos, y cooperan

al mismo resultado. Mediante esa relación íntima y estrecha, cada uno de dichos poderes, encuentra la limitación de su autoridad, en la participación que toca a los otros en sus funciones propias, como cada rueda halla resistencia en la que está combinada con ella –y la acción común de los tres, puede ser fácilmente dirigida a un mismo objeto.

En ninguna época y bajo ninguna forma de gobierno, han existido los poderes absolutamente separados, y como observa Laboulaye en la misma época en que Montesquieu, Palay y Blackstone profesaban el principio de la independencia, aceptado por los ingleses, se hallaban en presencia de una organización en la cual el rey forma parte del parlamento; las cámaras tienen acción en la administración, la cámara de los comunes acusa a los lores para que los juzgue; y en fin todos los días con el apoyo de la opinión, los jueces hacen la ley. En los Estados Unidos de América, en donde se ha comprendido mejor el principio que nos ocupa, el presidente tiene el voto de suspensión, que, conforme a las prácticas de ese pueblo, da gran intervención en la formación de las leyes. El Poder Judicial, está investido de una notable autoridad legislativa, pues juzga, en los casos particulares, de la constitucionalidad de las leyes, y el senado, tiene parte en el Poder Ejecutivo pues no se puede nombrar a los embajadores ni ministros sin que él no apruebe.

134

El mismo Laboulaye, cita dos ejemplos notables, de los funestos resultados, a que conduce la teoría de la separación absoluta de los poderes. El imperio y la asamblea constituyente.

Bajo el imperio, se había organizado un Poder Ejecutivo independiente del todo del legislativo. Las cámaras no tenían más misión que votar las leyes, y bajo el imperio no hubo gobierno libre; –en lugar de la libertad se tuvo el imperio. La asamblea constituyente tenía la plenitud del Poder Legislativo. Esto bastó para que llegara a ser soberana, más aún absoluta. Todo poder estaba concentrado en su mano. La convención tuvo también, pero exclusivamente el Poder Legislativo, y ella se apoderó de todo y suprimió la monarquía. –Se hace Poder Ejecutivo; algo más, se arroga toda la autoridad judicial. –No hay ejemplo más notable ni más triste de tal usurpación que el proceso de Luis XVI. Conforme a la constitución, el rey no era responsable, no se le podía acusar por lo pasado; pero se dicta una ley retroactiva y se le declara responsable.

Para juzgar a los acusados existía la ley de febrero de 1791, que reglaba el derecho criminal. En virtud de esta ley, era preciso enviar al rey ante el jurado; la convención se constituye en tribunal por un decreto. Ante la justicia ordinaria, no habría sido uno mismo el juez de instrucción y el que pronunciase el veredicto... la convención se declara cámara de acusación y jurado de juicio. He aquí violadas todas las formas. Llega el momento de pronunciar la condenación del rey. Existía esa ley liberal de 1891, que prohibía condenar a un hombre que tenía a su favor la cuarta parte de los votos del jurado. Esto bastaba para salvar al rey. Era preciso desembarazarse de la ley común; la convención se hace asamblea legislativa, y decide que, para el juicio del rey, como para una ley ordinaria, basta la simple mayoría. Aun no se alcanza esta mayoría, porque algunos miembros votan por la muerte, pero con la restricción de la apelación al pueblo; un nuevo decreto legislativo suprime esta condición, y en lugar de hacer esos votos provechosos al acusado, se cuentan por la muerte. En una palabra, no hay una forma, una garantía que no sea hollada; solo reina la pasión; la justicia ha sido olvidada. ¿Por qué? Porque se tiene una asamblea, cuya autoridad no tiene ningún límite, no hay ni Poder Ejecutivo, ni Poder Judicial, que puedan moderarla; porque ninguno tiene injerencia en sus funciones. Bajo esta separación absoluta, si la opinión está con la asamblea, el despotismo está con ella; si está con un hombre, este hombre es amo. La víctima de esta separación de los poderes, es siempre la libertad.

Ya vemos pues, como para evitar el despotismo, sea del Poder Ejecutivo, sea del Poder Legislativo, es necesario evitar entre ellos la separación absoluta, el divorcio. Ligarlos para que recíprocamente se limiten en su acción es lo que debe procurar. ¿Como conseguir este resultado? La solución de este problema, es el objeto de diversas medidas que ocuparán nuestra atención, al estudiar especialmente la organización de cada uno de ellos.

Y si las relaciones íntimas y bien combinadas de los poderes entre sí, son indispensables para evitar el absolutismo de su autoridad; ellas lo son también, ya lo hemos insinuado, y casi es una verdad axiomática, para dar unidad a su acción y a sus esfuerzos; esa unidad para que todo marche en concierto, bajo la influencia de las mismas miras, y de idéntico plan, en la tarea común del orden y del bienestar general.

Algunos publicistas creen necesaria la existencia de un poder aparte, superior a los poderes establecidos y cuya misión sea la de contener a cada uno de los otros, dentro de los justos límites de su autoridad. Este sería el poder conservador o neutro.

B. Constant, hace del rey en las monarquías constitucionales este poder conservador. “El vicio de casi todas las constituciones ha sido no haber creado un poder neutro, sino haber confiado esa autoridad neutra, a uno de los poderes activos. Cuando esa autoridad ha sido confiada al Poder Legislativo, la ley que no debe extenderse sino a determinados objetos, lo absorbe todo. Hay entonces arbitrariedad y tiranía sin límites. Cuando la misma suma de autoridad, se confía al Poder Ejecutivo, nace el despotismo. De allí la “Dictadura de Roma”.

“La monarquía constitucional nos ofrece este poder neutro tan indispensable a toda libertad regular. El rey en un país libre es un ser aparte; superior a las opiniones; cuyo único interés es la conservación del orden, y el mantenimiento de la libertad. No entra jamás en la condición común, y es inaccesible en consecuencia a todas las pasiones, que esa condición engendra y a todas aquellas que despiertan la preserva de un poder momentáneo. Esta augusta prerrogativa de la reyesidad despierta en el alma del monarca, la calma y el reposo de que no participa ningún individuo en una condición inferior. Colocado muy por encima de las agitaciones humanas, la mejor obra de la organización política, es así haber creado sobre la diversidad de opiniones, sin la cual no existe la libertad, una esfera inviolable de seguridad, de majestad, de imparcialidad, que permite a esa variedad de pareceres, desenvolverse sin peligro, en tanto que no pase de ciertos límites, y que, desde que el peligro se anuncia, le pone término por medios legales, constitucionales y desnudos de toda arbitrariedad. Pero se pierde esta inmensa ventaja, sea rebajando el poder del monarca al nivel del Poder Ejecutivo, sea elevando el Poder Ejecutivo al nivel del monarca.”

Es simplemente un ser utópico ese monarca, ser aparte, superior a todas las opiniones, inaccesible a todas las pasiones; cuyo espíritu tranquilo jamás se altera, y dotado de una imparcialidad tal que aleja todo temor arbitrariedad y abuso. El monarca, por grandes que sean la

inteligencia y abnegación de que se le suponga dotado, es un hombre, y esto basta para que el poder que se le confía, no esté enteramente librado a sus apreciaciones ni a su voluntad. Todas las instituciones políticas, tiene por objeto dar al derecho, garantías contra los errores y las pasiones de los hombres, y de esta regla no puede escapar la institución, tan deseada por algunos del poder neutro.

No es posible pues confiar tal poder, ni a un solo hombre ni a un consejo o junta de individuos. El poder neutro, cuya misión se quiere que sea, la suprema inspección sobre los demás poderes, sería un poder director de los otros, un poder supremo, en cuyas manos estarían indirectamente concentradas las funciones de aquellos. Venríamos así, al régimen del poder absoluto, que es la consecuencia de la concentración. Y es evidente que ese soñado poder neutro, no podría encontrar en otro poder superior, límite a su autoridad, porque si este existiera, recaerían en él todos los peligros que acompañan al primero, y no es posible crear un tercero, porque en alguna parte nos hemos de detener.

No es necesario ni conveniente, complicar la organización política de los Estados, con la creación de un poder conservador aparte. Ese poder está distribuido entre los tres poderes políticos; cada uno lo ejerce respecto de los demás; tal es precisamente, el objeto de la separación bien entendida de los poderes públicos. Vacíos y defectos, habrá sin duda, en orden a ese poder, pero la deficiencia y la imperfección son inherentes a las instituciones humanas, y lo que debemos procurar es que esa imperfección sea la menor posible.

LECCION XV

SUMARIO: El pueblo debe elegir a sus mandatarios - Como debe entenderse el principio del sufragio universal - Condiciones para ser elector - Del sufragio indirecto - Del modo de votar - Representación de las minorías.

¿Cuál es el origen de los poderes públicos? ¿Quién debe nombrar o elegir a las personas que ejercen esos poderes? Al fundar el principio de la soberanía pública hemos resuelto este problema. Todos dijimos, son iguales en el terreno del derecho; a todos interesa igualmente la buena organización, y la acción protectora de la sociedad; se trata pues de un negocio común y todos deben intervenir en su solución. El pueblo debe gobernarse así mismo, porque es una verdadera personalidad moral y jurídica, su destino le pertenece, y debe ser su obra, como lo es para una asociación cualquiera, como lo es para el individuo mismo. Qué título podría presentar una minoría, o un solo hombre para gobernar según su voluntad, ¿a la sociedad entera? No puede ser la fuerza, porque esta no da derecho; pertenece a quien se apodera de ella, y cualquiera podría solicitarla con igual título, y si se invoca como título el consentimiento general, entonces se llega al principio de la soberanía popular.

Es pues para nosotros una cuestión ya resuelta, la de que el pueblo debe gobernarse así mismo, y que, en la imposibilidad de que los asociados en masa dicten las leyes, las ejecuten, administren la justicia, deben delegar el ejercicio de estas funciones a individuos de su confianza, que piensen y quieran, como piensa y quiere el pueblo que los designa, para ejercer en su nombre funciones que le pertenecen. Esos mandatarios elegidos por el pueblo, representan así la opinión

del mandante: el pueblo gobierna por su conducto; como mandatarios se sujetan a las instrucciones del mandante, contenidas en la constitución; y son responsables ante su principal, de las funciones que se les confía.

El pueblo debe en consecuencia elegir a los funcionarios públicos. ¿Pero todos sin excepción tiene el derecho de votar? ¿o se puede establecer condiciones de capacidad e imparcialidad, para el ejercicio del voto? Tal es la grave cuestión del sufragio universal.

Debemos observar, ante todo, que, por la naturaleza de las cosas, no puede ser opinión unánime y universal de los asociados la que determina la elección, y esto por la sencilla razón, de que no es posible que todos piensen y quieran idénticamente; no es posible que haya una voluntad unánime. Tiene que haber una mayoría y una minoría de opinión; –esa mayoría que reúne mayor número de votos, prevalece sobre la minoría que alcanza menor número, y determina la elección, y con la elección consigue su representación perfecta en el gobierno de la sociedad. Cierto es que, en un sistema perfecto de elección, los votos dispersos de las minorías, deben reunirse y contarse y alcanzar así la elección de sus candidatos, en las asambleas legislativas –pero la opinión de los elegidos que formaría siempre una minoría en las cámaras, solo conseguirá ser oída, pero nunca será decisiva a no ser que la mayoría fraccione.

140

Es así evidente, que, en el ejercicio de la función electoral, no es la voluntad general la que decide, es simplemente la opinión del mayor número. Y este es el resultado de una ley necesaria que rige en toda agrupación de voluntades. No es ni puede ser, sino la voluntad de la mayoría la que real y efectivamente gobierna.

¿Pero quienes son los llamados a expresar la voluntad general? Para llegar a conocer la voluntad de la mayoría es necesario que voten los que participan de todas las opiniones: solo el resultado, el escrutinio, da a conocer cuál es la opinión del mayor número; pero ¿a todos absolutamente debe llamárseles a votar?

Aun los partidarios más empeñosos del sistema del sufragio universal excluyen de él, a más de la mitad, a las tres cuartas partes tal vez

de los habitantes. En efecto, bajo ese régimen, no se da voto, a los niños, a los locos, a las mujeres, y estos forman la gran mayoría en todo país. Hay pues en el fondo de todas las opiniones, una verdad que debemos hacer resaltar y es, que el voto no es un derecho natural, como la libertad, la propiedad. Los derechos naturales corresponden a todos, sin distinción de edad, sexo, capacidad: esos derechos los ejercen los padres, los guardadores o los maridos, por y para los incapaces, -pero el voto, no lo ejercen estos por sí ni por otro. El voto no es un derecho natural; es verdaderamente una función política, que, como todas las funciones, requiere para su desempeño, cierto grado de capacidad y probidad política.

Ya hemos tenido ocasión de decirlo: con el voto se favorece o se daña directa o indirectamente a la sociedad entera, el provecho o el daño que resultan al individuo que vota bien o mal, es parte muy pequeña de ese provecho o daño general. La sociedad tiene el derecho natural de conservarse y procurar su bienestar, y tiene por consiguiente el derecho de reglar el sufragio, excluyendo de su ejercicio a los que no pueden usarlo en provecho general y personal.

Esas exclusiones no son y no deben ser de carácter absoluto. Cuando los requisitos de capacidad y moralidad que se establecen, son tales que todos pueden alcanzarlos con poco esfuerzo, es indudable que a nadie se priva de participación en los negocios públicos, por el contrario, se llama a todos, pero se quiere que lleguen a las urnas electorales con la preparación que es indispensables para no hacer mal a los demás, y no hacérselo así propio. El principio democrático, el dogma de la soberanía general quedan así debidamente salvados, y no se ha hecho otra cosa que conciliar el derecho de la sociedad con el derecho de cada uno en particular.

El que no sabe leer y escribir, es incapaz de dirigir con provecho sus propios negocios y lo es con mayor razón, de cooperar útilmente a la dirección de los asuntos públicos. El que no puede conocer los derechos y obligaciones que la carta fundamental le concede y le impone; el que por su ignorancia permanece extraño, a los más importantes intereses políticos que la prensa debate; el que por la misma causa, se encuentra como particular y como miembro de la asociación, en la

más humilde esfera social; el que en fin necesita de una mano auxiliar que le escriba su voto, a riesgo de ser fácilmente engañado por su confidente, ese por la fuerza necesaria de su ineptitud está excluido del derecho electoral.

Los más entusiastas partidarios del sufragio universal, enumeran entre las circunstancias de exclusión la de no saber leer y escribir. “Hay sin embargo dice Stuard Mill, ciertas exclusiones motivadas por razones positivas, que no están en contradicción con el principio, y aun que estas exclusiones sean un mal en si mismas, no pueden cesar sino con el estado de cosas de que son consecuencia. Miro como totalmente inadmisibile, que una persona participe del sufragio sin saber leer, escribir, y agregaré, sin saber las primeras reglas de la aritmética. La justicia exige aun cuando el sufragio no dependa de esto, que los medios de adquirir este saber elemental, estén al alcance de todos, sea gratuitamente, sea a un precio que no exceda al que puedan pagar los más pobres, aun aquellos que solamente ganan el pan. Si fuese así realmente, no se pensaría más en dar el sufragio a un hombre que no sepa leer, que a un niño que no sabe hablar, y no sería la sociedad quien lo excluiría, sino su propia ignorancia. Cuando la sociedad no ha cumplido con su deber haciendo accesible a todos, este grado de instrucción, hay mucha injusticia es verdad, pero es una injusticia por la cual es necesario pasar. Si la sociedad ha dejado de cumplir dos obligaciones solemnes; es necesario cumplir primero la más importante de las dos; la enseñanza universal, debe preceder al sufragio universal. Solamente un hombre en quien una teoría irreflexiva, haya hecho callar el sentido común, puede sostener que se debería conceder el poder sobre otro, el poder sobre toda la comunidad, a gentes que no han adquirido las condiciones más ordinarias y más esenciales para cuidar de sí mismas, para dirigir con inteligencia sus propios intereses y los de las personas que les tocan de cerca.

Otra de las condiciones generalmente señalada como necesaria, para ejercer el derecho de votar, es el pago de algún impuesto fiscal. Se ha pensado y con razón, que el que no contribuye con su dinero a los gastos públicos, no tiene ni puede tener el mismo interés en la acertada elección de los poderes y principalmente de las asambleas que votan el impuesto. Esa concesión del sufragio al que nada paga, sería hasta

cierto punto, reconocer a unos el derecho de disponer del dinero de otro. “Si los que no pagan; dice, Stuard Mill, son los que disponen a su arbitrio del dinero de otro, tienen todas las razones imaginables para ser pródigos y ninguna para ser económicos.”

El pago de un impuesto es, además, el signo de la moralidad y de los hábitos de trabajo, porque lo es la renta, sobre la cual recaen generalmente las contribuciones. La moralidad y el trabajo, que preservan del vicio y del crimen, son en todo caso y para todo género de negocios, garantías de interés por el orden y el bienestar individual y común.

Otro punto importante de que debemos ocuparnos respecto del sufragio, es el de saber si el sistema del voto indirecto, tiene alguna ventaja efectiva. Repetiremos lo que en otra ocasión escribíamos sobre esta materia.

La incapacidad de muchos de los ciudadanos para apreciar debidamente los títulos de los candidatos, ha sido el pretexto, de que se han valido los partidarios de la elección indirecta para reclamar su adopción. Pero no han reflexionado en primer lugar, que la incapacidad debe ser excluida, cualquiera que sea el sistema que se adopte, porque tratándose de una función social cuyas consecuencias, aprovechan o dañan directa o indirectamente a la asociación, esta tiene el derecho y el deber de negar toda intervención en ella, a los que, por su ineptitud o su falta de moralidad política, le ocasionaran grave e irreparable daño. Y se olvida, además, que tan perjudicial es el voto dado, en favor de un mal candidato como en favor de un mal elector, cuya influencia es tanto más decisiva cuanto menor es el número de los que forman el colegio electoral. El daño que resulta de la ineptitud o inmoralidad del sufragante, no se remedia por cierto colocando entre él y la sociedad a quien ofende, a un elector tanto o más inepto o inmoral que el primero.

En el sistema de elección indirecta se pretende que el ciudadano incapaz, convencido sinceramente de su inhabilidad para abrazar un partido, prescinda real y efectivamente de la cuestión candidatos, y se preocupe solo de buscar entre sus conocidos, al que reputa más capaz de dar un voto acertado, para delegar en él su derecho de sufragio. Pero si entre los ciudadanos hay uno sinceramente humilde, que crea

en su insuficiencia para afiliarse a una candidatura, es evidente que no tendrá diez imitadores, y sin embargo necesario es que igual conducta observen todos o la mayor parte de los incapaces, para que el sistema llene su objeto.

A tal imposible se agrega otro no menos grave. El ciudadano a quien solo preocupa la necesidad de buscar otro más capaz que él, para delegarle el derecho de votar, encontrará algunos entre sus conocidos, y de entre estos elegirá al que crea más capaz y honorable. La formación de los boletines de electores, es así un asunto particular que realiza aisladamente cada sufragante, y bien se comprende que, con tal procedimiento, rara casualidad será que un mismo nombre figure en dos listas; y que es por consiguiente imposible por muchas que sean las veces que se repita la elección, que salgan de las urnas electorales con la mayoría legal de votos, los electores que da la circunscripción.

144

Solo hay un medio de evitar tal imposibilidad, las reuniones previas de los ciudadanos para formar las listas. Pero para que estas reuniones se realicen, y en general para todo trabajo anticipado, es necesario que juegue un interés más elevado y más vivo, que el simple y poco estimulante intento, de delegar en otro el derecho de sufragio. Solo el empeño de alcanzar el triunfo de la candidatura preferida, puede inducir al ciudadano laborioso y honrado a poner su tiempo, su actividad y sus relaciones, al servicio de su partido. Si fuera posible que ese interés desapareciera, desaparecerían también los trabajos preparatorios y la elección sería imposible.

¿Y el sufragio indirecto opera tales milagros?

Las primeras reuniones electorales, tienen por objeto en todas partes y cualquiera que sea el sistema establecido, exhibir una candidatura o acoger alguna de las iniciadas. El candidato y los encargados de trabajar por él, se empeñan en agrupar alrededor de su bandera el mayor número posible de ciudadanos; pero es el nombre del candidato, sus servicios al país, las esperanzas que su talento y honorabilidad inspiran, en una palabra, sus títulos personales, los que se invocan y los que atraen a los ciudadanos a las filas del partido. Nadie se ocupa, durante estas largas y casi siempre agitadas luchas del boletín de

electores. Es en el último instante, cuando se forman las listas, los partidarios las aceptan sin conocer tal vez a los que en ellas figuran, pues les basta saber que son de los suyos, y que darán su voto por su caudillo.

“Aun suponiendo, dice Stuard Mill, que una persona que a causa de su poca cultura, no pueda juzgar bien de las calidades requeridas en un candidato para el parlamento, pueda ser juez suficiente de la honradez y la capacidad general de alguno, a quien nombrase para elegir ese miembro en lugar de él, observaré que si el volante se conforma con esta estimación de sus aptitudes, y desea realmente encargar a una persona en quien tiene confianza de escoger por él, no hay necesidad de una disposición constitucional. Para este efecto, el votante no necesita sino preguntar en particular a esta persona de confianza, por quien hará mejor en votar. En este caso, los dos modos de elección coinciden en sus resultados, y se obtienen con la elección directa todas las ventajas de la elección indirecta. Los sistemas no difieren en su operación, sino con la condición de suponer que el votante no prefiera servirse de su propio juicio para la elección de un representante; que no deja que otro elija por él sino porque la ley no le permite obrar más directamente. Pero si tal es el estado de su espíritu, si su voluntad no está satisfecha con el límite que la ley le impone, y si desea hacer una elección directa, puede hacerla a pesar de la ley. Para ello no necesita sino escoger por elector, a un partidario conocido del candidato a quien prefiere, o a alguno que se comprometa a votar por ese candidato. Y tan natural es ese efecto de la elección de dos grados, que, excepto en un país donde la indiferencia política es completa, no se puede esperar que tal institución obre de otro modo”.

A estas consideraciones debemos agregar: que el sistema de la elección indirecta introduce una complicación peligrosa, además de inútil; que tiende a debilitar el espíritu público, el interés que por los negocios públicos debe fomentarse en todos; que si realmente se realizase el propósito que se tiene en mira, los elegidos no representarían la opinión general que no existiría, sino la del pequeño número de los verdaderos electores; y que es mucho más fácil por medio de la intriga y del cohecho, comprar a un pequeño número de hombres que a la mayoría de la nación.

En cuanto al modo de votar, ha sido también materia de discusiones la publicidad o el secreto del voto. Stuard Mill sostiene la necesidad de la publicidad - El voto según él no es un derecho, es una verdadera carga; el público tiene derecho respecto de él y por lo mismo debe conocerlo. El voto no es una cosa abandonada al capricho del votante: sus deseos personales nada tienen que ver con él, más que con el veredicto de un jurado. Se trata de un deber, el votante está obligado a votar con arreglo a la opinión más ilustrada y concienzuda del bien público, exactamente como estaría obligado a hacerlo, si su voto fuese el único y la elección dependiese solo de su voto. Como consecuencia de esto, el cumplimiento de ese deber exige la publicidad, para que el público juzgue y apruebe o censure.

Hay en estas ideas algo de muy absoluto. El voto es sin duda un deber, pero no deja de ser un derecho. La sociedad puede exigir condiciones en el votante y reglar el modo de proceder, pero hecho esto, y supuesta la capacidad y moralidad del sufragante por la concurrencia de aquellas condiciones, no puede pretenderse más, ni por consiguiente ejercer una tutela absoluta sobre las opiniones del elector.

146

El mismo Stuart Mill conviene en que “el secreto es justificable en un gran número de casos; aun necesario algunas veces; y que no es cobardía tratar de garantizarse de males que se puede honradamente evitar.” Respecto del sufragio público, puede pues muy bien, a nuestro juicio, adoptarse el escrutinio para garantía de la independencia del votante, respecto de influencias peligrosas y aun de males reales.

Grimke juzga, que la cuestión no es de tan grande importancia como generalmente se supone y observa con razón, que aún bajo el sistema de escrutinio, rara vez es un secreto, como vota cada uno. Encuentra además en el escrutinio la ventaja de que, con él, las elecciones son menos ruidosas y tumultuarias.

Un problema planteado por Thomas Hare y que con razón ha llamado la atención de los publicistas, es el relativo a la representación de las minorías por medio del sufragio. Un candidato puede obtener votos en diversas circunscripciones electorales, pero no alcanzar en ninguna suma suficiente para ser elegido, sin embargo, de que la totalidad de los emitidos a su favor, sobrepase en mucho a la alcanzada por

sus opositores en cada localidad. Si este inconveniente no se remedia, las minorías dispersas, dejan de alcanzar la representación a que tienen incuestionable derecho, y los intereses que esas minorías representan son del todo desatendidas. El correctivo propuesto por Mr. Hare, consiste en que se tomen en cuenta no solo los votos de la mayoría, sino todos los votos. Y así, además de las personas que alcanzan la mayoría legal de votos en cada circunscripción, deberán ser proclamadas e ingresar a las cámaras las que alcancen en diversas circunscripciones esa mayoría.

“La reforma propuesta por Mr. Hare, dice Labonlaye es pues fundada en justicia y en razón, y este no es solo su mérito. Este sistema sería sincero lo que es mucho en política y tendría otra enorme ventaja: y consiste en que cada individuo sabría, que su voto vale algo, mientras que hoy, con la condición de una mayoría local, se llega al resultado de que las minorías, convencidas de antemano de su derrota, no quieren inquietarse y un cuarenta y cinco por ciento de electores no se presentan al escrutinio.

147

En América, como en Inglaterra, como en Francia para mover una masa de electores se necesita de grandes gastos, y con mucha frecuencia sucede que no es una mayoría del país la que se encuentra representada, sino una minoría organizada y en movimiento. Por el contrario que cada elector sepa que se contará su voto, y que, desde el fondo de su provincia, si tiene simpatías por alguno que se presenta en París, puede ayudarlo con su voto, lo dará sin duda, y la cámara así nombrada representará sinceramente al país, pues representará no la mayoría de la casualidad que vota en un colegio, sino el querer y la opinión de la Francia entera.

LECCION XVI

SUMARIO: Formas simples de gobierno - Injusticia que ellos envuelven - Formas mixtas: impropiedad de su denominación - División de las formas de gobierno, en gobiernos absolutos y representativos - Manifestaciones de la soberanía pública, cuyo ejercicio no se delega a los mandatarios

Hemos estudiado los dos principios fundamentales sobre que debe reposar todo gobierno. El principio electivo, esto es, el que reconoce en la nación misma el derecho de gobernarse y que en virtud de la imposibilidad, y aun más de la inconveniencia, de que todos ejerzan en masa las funciones constitutivas del gobierno, establece la delegación del ejercicio de esas funciones, en personas elegidas por todos, con las reservas que hemos establecido. Los elegidos son conforme a este principio verdaderos mandatarios de la nación; participan por consiguiente de las opiniones común y gobiernan con arreglo a las inspiraciones de esa opinión. Este principio supone, no solo la participación de todos en la función electoral, sino la aptitud de todos, para ser elegidos. La representación de la voluntad y de la opinión común en el ejercicio del poder, mediante el sufragio universal bien entendido y la igualdad política que da a todos la amplitud para ser elegidos, es el principio representativo de los gobiernos.

La separación de las funciones que constituyen el gobierno, esto es de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial pero no una separación absoluta, que aislándolos entre sí rompa la unidad de su acción, y conduzca a la ilimitación de la autoridad de cada uno, sino la demarcación de funciones propias, no obstante, las relaciones que deben ligarlos, y que los hacen partícipes recíprocamente en sus atribuciones, es la segunda base de toda organización racional y provechosa.

Con estos datos, y otros que de ellos se deducen como consecuencias naturales, tenemos lo bastante, para entrar en el estudio crítico de las diversas formas de gobierno que generalmente se reconocen como más notables.

La división más antigua de las formas de gobierno, es la que las clasifica en tres órdenes. La monarquía o el gobierno de uno solo, que toma el nombre de despotismo cuando el príncipe sobrepone sus intereses a los de sus gobernados; la aristocracia, o el gobierno de una minoría, que es la oligarquía cuando la mayoría es desatendida en sus intereses y oprimida, y la democracia o el gobierno de las mayorías que puede degenerar en demagogia. Esta clasificación viene desde Platón y Aristóteles.

150 Cuando esta división se funda no simplemente en el número de los que gobiernan, sino en el hecho de gobernar ya sea el monarca, la minoría aristócrata o la mayoría demócrata, ejerciendo un derecho propio y exclusivo, arrogándose absolutamente la soberanía; la clasificación como tal es intachable. Y en efecto, no hay punto alguno de contacto, entre la forma política en la cual un solo hombre está investido del derecho absoluto de mandar conforme a su sola voluntad, y aquellas otras, en donde ese poder soberano corresponde a una minoría privilegiada, o a la mayoría de los asociados y la misma distinción lógica es presenta entre estas dos últimas formas.

Pero esta clasificación, lo es únicamente de las diversas formas con que el absolutismo se pueda presentar. La monarquía, la aristocracia, y la democracia puras, son en efecto las tres grandes manifestaciones del poder absoluto; es decir de las formas generales de organización política, en las que la voluntad humana sin trabas y sin límites de uno, de unos pocos o de los más, gobierna a las sociedades. Esta división comprende así, las formas con que puede presentarse, la organización política, artificial o de privilegio, por consiguiente, la organización injusta de los pueblos.

“La antigüedad, dice Laboulaye, ha notado que había tres formas de gobierno, la monarquía que es fuerte pero que genera en tiranía; la aristocracia fuerte también pero que aniquila a la mayoría y no piensa sino en sí; en fin, la democracia, móvil como el pueblo, fácil de

arrastrar y de seducir, tan pronto adormecida y servil, tan pronto violenta y tiránica, siempre pronta a aplastar a las minorías. Todos estos gobiernos poderosos, pero sin contrapeso y sin responsabilidad son el despotismo que baja, o que asciende.”

Es casi innecesario que nos detengamos en demostrar, la injusticia que entrañan la monarquía y la aristocracia puras. Bajo tales formas, se desconoce sustancialmente el derecho de la soberanía de la nación, que reposa en verdades que ya conocemos y que no son hoy dudosas para el sentir casi unánime de la humanidad. Pero esa injusticia, existiría no solo en las monarquías y aristocracia simples, formas de que apenas ofrece recuerdos la historia del mundo, sino que existe realmente en los gobiernos más o menos absolutos que aún hoy encontramos establecidos, como raras excepciones de las instituciones libres, generalmente adoptadas por los pueblos modernos. Donde quiera que la voluntad de un monarca, o de una clase privilegiada impera sobre los destinos de las naciones, allí, los derechos de los hombres no encuentran las garantías que la sociedad debe ofrecerles por su verdadero objeto; los intereses comunes son más o menos sacrificados ante las pasiones y los errores de los gobiernos; la dignidad y la cultura del pueblo se halla en muy bajo nivel, y todo revela, o un estado de civilización muy atrasada, o de decaimiento y postración.

Aun suponiendo el poder absoluto en manos de un individuo o de una clase eminente en inteligencia y en virtud, que todo lo vieran, que a todo dieran solución justa y conforme a los verdaderos intereses públicos, aun suponiendo realizados todos los prodigios que son necesarios para alcanzar un poder absoluto, justo e ilustrado ¿qué tendríamos entonces? “Tendríamos, dice Stuard Mill, un hombre de una intelectual sobrehumana, dirigiendo todos los negocios de un pueblo intelectualmente pasivo. Esto es lo que implica la idea del poder absoluto. La nación en conjunto y los individuos que la componen no tienen ninguna influencia sobre su propio destino. No ejercen voluntad respecto de sus intereses colectivos. Una voluntad que no es la suya, y a la cual no pueden desobedecer sin crimen legal, decide de todo por ellos. ¿Qué especie de seres humanos se formarán bajo semejante régimen? ¿cuál será el desarrollo de sus facultades intelectuales o activas? se les permitirá tal vez, meditar sobre materias de pura teoría,

en tanto que sus especulaciones no toquen en lo menor a la política y sobre todo a la política práctica. Sobre los negocios prácticos a lo más se sufrirán sugerencias, y aún bajo el más moderado de los déspotas, solamente los hombres de una superioridad ya admitida y acreditada, podrán esperar que sus sugerencias sean, no tomadas en consideración, sino simplemente conocidas de los que dirigen los negocios. Es preciso que un hombre tenga en alto grado el gusto del trabajo intelectual, él mismo y para sí mismo, si se molesta en reflexionar, con la certidumbre de no producir ningún efecto exterior o si se prepara para funciones que jamás se le permitirá ejercer. Lo que a menudo impele a los hombres al esfuerzo intelectual, es la perspectiva de recoger frutos prácticos de él. Por tanto, a excepción de un pequeño número de hombres estudiosos, que toman interés intelectual por la meditación por sí misma, la inteligencia y los sentimientos de todo el pueblo, se consagrarán al cuidado de los intereses materiales, y cuando han provisto a ellos a las diversiones y al embellecimiento de la vida privada. Pero decir esto, si el testimonio de la historia entera es digno de fe; es lo mismo que decir que la hora de la declinación ha sonado ya para ese pueblo, admitiendo que ese pueblo haya podido jamás llegar a una altura de donde pueda decaer. Si no se ha elevado a un nivel más alto que un pueblo oriental, continúa vegetando en la misma condición. Pero sí como en Grecia y Roma, ha llegado a mayor altura, gracias a la energía, al patriotismo, a la franqueza de espíritu que son, como todas las cualidades nacionales, los frutos de la libertad solamente, cae al cabo de pocas generaciones en el Estado oriental. Y este estado no significa solo una estúpida tranquilidad al abrigo de todo cambio enojoso; significa frecuentemente la posibilidad de ser invadido, conquistado y reducido a la esclavitud, sea por un déspota más poderoso, sea por algún pueblo bárbaro que ha conservado con su rudeza salvaje, todo el vigor de su libertad. —”

La democracia pura o sea el gobierno directo del pueblo por sí mismo, sería otra forma del absolutismo, si fuera de posible realización. ¿Y en efecto, qué freno tendría la voluntad de la mayoría tan fácil de ser movida, por la pasión y por las agitaciones del momento, si esa voluntad hubiera de ser cumplida inmediatamente sin formalidades que den tiempo a la reflexión y la depuren de la injusticia o

inconveniencia que puede envolver? “La voluntad momentánea y fluctuante del pueblo, dice Grimke, constituiría la ley en toda ocasión; y esta es la razón porque esa forma de gobierno es la peor, exceptuando el despotismo.” El vicio de la democracia, no resulta como en las dos formas anteriores, del desconocimiento sustancial del derecho del pueblo a gobernarse; muy al contrario, nace de la manera exagerada con que se entiende el principio de la soberanía. Son dos cosas distintas el derecho de gobernarse y la posibilidad y la justicia de verificar ciertos actos que demandan madurez y reflexión, sin ciertas solemnidades que consulten estas condiciones. Los actos constitutivos del gobierno, dictar la ley, administrar y juzgar, no pueden ser ejercidos por el pueblo mismo, y si el pueblo se empeña en practicarlos por sí, los practicará mal y se dañará a sí mismo o dañará tales o cuales intereses. Luego es una ley derivada de la naturaleza misma de la sociedad, que esos actos no deben practicarlos por sí misma. Ya hemos probado que una de las limitaciones de la soberanía, es la que resulta de las leyes mismas que se derivan de la sociedad: luego en este caso, la soberanía no se extiende a esos actos: el pueblo no tiene derecho de practicarlos directamente.

La delegación de las funciones públicas, se funda pues, no solamente en la imposibilidad efectiva de que el pueblo las ejerza, sino que es impuesta por una ley social. El gobierno debe inspirarse en la voluntad y en la opinión del pueblo, y traducirlas en sus actos, observando las solemnidades y las formas que son necesarias en cada función. Pero la existencia del gobierno como órgano de la opinión, y las reglas fijas a que el gobierno está sometido son necesarias, indispensables.

Así pues, las llamadas formas simples en materia de gobierno son las tres principales manifestaciones del absolutismo. La monarquía y la aristocracia son el absolutismo fundado en el privilegio de un individuo o de una clase, para mandar conforme a su voluntad a la sociedad entera: la democracia es el absolutismo, derivado de la ilimitación con que se establece el poder del pueblo para gobernarse, encargándose el pueblo mismo del desempeño de funciones que no puede y que no debe ejercer por sí.

Todos los que se han ocupado de la ciencia política han visto con claridad que las llamadas formas simples de gobierno son el absolutismo en sus más exageradas manifestaciones, y han creído destruir ese vicio radical de que adolecen mezclando esas formas. A estas mezclas ideales, se les ha llamado formas mixtas. Pero no hay posibilidad de verificar tales mezclas, y aun cuando pudieran realizarse no harían desaparecer el mal que se proponen remediar.

Lo que caracteriza las formas simples, es el predominio absoluto, de una voluntad, ya sea la de un individuo, la de una clase o la de la mayoría. ¿Ahora bien, como pueden mezclarse dos voluntades igualmente absolutas? No hay posibilidad de hacerlo. Si al lado de un monarca absoluto, cuya voluntad no tiene freno, se crea una aristocracia absoluta también, con una voluntad tan soberana como la del príncipe, nacerá inmediatamente la lucha entre esas dos autoridades igualmente soberanas, y una desaparecerá necesariamente, ya por extinción ya por sometimiento a la otra autoridad. Es una ley que preside los negocios humanos, la de que no pueden existir para un mismo objeto dos poderes iguales. Y no es menos imposible la unión o la mezcla del absolutismo monárquico o aristocrático, con la voluntad soberana de la mayoría democrática.

154

No es posible considerar entre las formas mixtas, aquella que está basada en la voluntad debidamente limitada del pueblo, como principio de gobierno, porque entonces incurriríamos en el defecto grosero de colocar como términos de una división, cosas enteramente opuestas: esto es las formas viciosas e imperfectas, y la forma racional y justa.

Grimke y Rossi, han observado este vicio de la antigua división, y del que debemos alejarnos. El primero dice: “los escritores han dividido el gobierno en varias clases; la visión más usual es en monarquía, aristocracia y democracia. Se ha adoptado esta clasificación, no únicamente en consecuencia del diferente modo en que se forman; sino que procediendo con una mira más comprensiva y considerando cada una de ellas, como fundada en ciertos principios generales y fundamentales de la naturaleza humana, aquellos escritores, han tratado la clasificación como filosófica y de la más alta importancia. Es a veces difícil

distinguir entre un hecho histórico y una verdad filosófica. Es un hecho indudable que han existido gobiernos bajo diferentes formas; y que su existencia puede explicarse por bien conocidas causas es igualmente cierto. Pero ¿qué se pensaría del filósofo moralista, que pusiese las virtudes y los vicios en la línea, porque todos ellos tienen su origen en ciertos principios de la naturaleza humana? El error en ambos casos es precisamente el mismo. No puede haber sino una sola forma legítima de gobierno, aunque puedan existir muchas variedades a que la fuerza o el acaso hayan dado origen. Si yo me aventurase a hacer una clasificación, sería en forma naturales y artificiales; considerando una república representativa como el único ejemplo de la primera, y todas las otras especies como comprendidas en el último miembro de la división.”

Rossi, dice: “Así pues cualquiera que sea la forma de gobierno, la dificultad es esta: se llega siempre a un punto donde la garantía no es ya posible. Es sobre esto que se funda una distinción fundamental, que a nuestros ojos es mucho más importante que la que se encuentra en los publicistas. Y esta distinción para emplear las expresiones características, de que se ha servido un escritor que la Francia acaba de perder, [Destutt de Tracy] es la distinción de los gobiernos, en gobiernos nacionales y gobiernos especiales o de privilegio.”

Guizot, hace en el fondo una división idéntica a la de los dos autores que acabamos de citar. -Los gobiernos que, atribuyendo exclusivamente la soberanía de derecho a individuos, uno, muchos o todos, fundan el despotismo en principios, aunque el hecho venga siempre a protestar más o menos contra el principio, y que nunca la obediencia absoluta por una parte y el poder absoluto por otra hayan estado plenamente en vigor. Los otros están fundados sobre la verdad, de que la soberanía de derecho no pertenece a nadie, porque el conocimiento pleno y continuo de la explicación fija e imperturbable de la justicia y de la razón, no pertenece a nuestra naturaleza imperfecta. El gobierno representativo descansa sobre esta verdad. No atribuye la soberanía de derecho a nadie.”

Sin aceptar la negación absoluta de Guizot de que la soberanía de derecho no pertenece a nadie, aceptamos la división de los gobiernos, establecida por él y por los dos tratadistas que citamos antes.

Así pues, gobiernos absolutos, que son aquellos en que predomina la voluntad de uno o de unos pocos, o en que la voluntad del pueblo se ejerce bajo un principio imperfecto o incompleto de representación, y gobiernos representativos, que, reconociendo la voluntad de la mayoría como el principio de todo poder, establecen los órganos regulares y solemnes de esa representación, por medio del origen electivo de toda autoridad; es la división menos imperfecta que puede hacerse de los gobiernos.

Bajo la forma de gobierno representativo, el pueblo no delega toda su soberanía a los mandatarios. El pueblo se reserva y ejerce por sí, las más notables manifestaciones de ese derecho.

La función electoral de que ya nos hemos ocupado, es la primera de esas funciones de que no se desprenden de la nación. Elegidas las autoridades el país ejerce sobre ellas una vigilancia constante, les transmite sus inspiraciones, discute y aprueba sus actos, y se dirige a ellas, pidiéndoles la adopción de medidas de interés general. El aspecto político de los derechos de la libertad de la prensa, la asociación y de petición, son evidentemente funciones de esa soberanía que no se delega. Gran número de funciones públicas, son directamente ejercidas por el pueblo. Las instituciones municipales, por su naturaleza y por su modo práctico de ser, son independientes de las funciones políticas delegadas. La institución del jurado en materia criminal y muy especialmente respecto de los delitos de la prensa, es el pueblo mismo administrando la justicia.

156

Además de estas manifestaciones hay otra muy notable, la resistencia a la opresión, o el derecho de deponer a una autoridad tiránica, que, traicionando la confianza y el encargo recibidos, convierte en provecho de sus pasiones, y en daño evidente y generalmente irreparable del país, el poder y la fuerza que dispone. Este derecho es aceptado por la mayor parte de los publicistas.

Dice Foderé: “El mandato puede ser revocado por el mandante. Aun aquellos que consideran la constitución como un contrato entre la nación y el jefe del gobierno, se ven obligados a admitir la condición resolutoria, que encierra toda convención sinalagmática, contra aquel

de los contratantes que viola el contrato. Y como entre el gobernante y los gobernados, no existe una autoridad superior para juzgar sus diferencias sobre la violación del pacto fundamental, entran en el estado natural de libre defensa. Pero es entendido agrega, Serringny, que este es el remedio extraordinario, que no debe emplearse sino en la última extremidad: es el *ultimum presidium* de la libertad de los pueblos.”

Este derecho de resistencia, es a nuestros ojos, el derecho de legítima defensa inherente a la personalidad humana. Lo tiene el individuo, contra el agresor injusto, lo tienen los pueblos, contra la nación que les promueve una guerra injusta: y ¿no lo tendrán contra el enemigo interior, que por las funciones que inviste y la fuerza de que dispone, puede comprometer su independencia, dilapidar su tesoro, rasgar su carta fundamental y hollar la justicia?

Ninguna significación tendrían el derecho y el deber de conservación, si cuando están amenazados la existencia, o alguno de los más altos intereses sociales, los pueblos tuvieran que contemplar impasibles su disolución y su ruina. Ese derecho es la condición y el cumplimiento de todos los derechos; es el empleo de la fuerza a que el derecho autoriza, y que, a diferencia de los individuos que tienen una autoridad a quien acudir para que emplee en los casos normales, la emplean los pueblos por sí mismos en defecto de una autoridad superior, entre ellas y sus mandatarios.

Siendo pues como es, el derecho de defensa, necesario es que concurran en las condiciones que lo legitiman, y que sustancialmente, no son diversas de las que hemos estudiado en el derecho natural, respecto del mismo derecho en los individuos.

LECCION XVII

SUMARIO: Bases fundamentales del gobierno representativo: el principio democrático y la delegación - La constitucionalidad, la elección, la alternabilidad y la responsabilidad son condiciones necesarias del sistema - Cuestión relativa a la mejor forma de gobierno - La monarquía constitucional y la república.

El gobierno representativo descansa en dos principios fundamentales: el principio democrático, o sea la voluntad general como regla de gobierno; y el mandato, conferido a las personas a quienes se encarga de las funciones constitutivas del gobierno, para que las ejerzan en armonía con aquella voluntad. Para formarnos la idea más perfecta posible del gobierno representativo, vamos a examinar con alguna más detención, así los dos principios sobre que reposa, como otros elementos que entran en su composición y que son consecuencia natural de aquellos.

No puede entenderse el principio democrático como el dominio de la voluntad general y unánime de los asociados. Todos los hombres no piensan ni sienten del mismo modo, respecto de ninguna materia. La sociedad civil no puede identificarse al individuo: debe necesariamente haber en ella pareceres y voluntades distintas, y de allí que una opinión alcanzará, sin duda mayor número de prosélitos que otra. Las mayorías y las minorías son pues inevitables, y entre la voluntad de la mayoría y la de la minoría, es incuestionable que la primera debe prevalecer. Sí hay que adoptar una determinación y existen opiniones opuestas, necesariamente una de ambas tiene que ser desatendida y, ¿cuál será esta? La que alcance menor número de razones. Así procede aun el individuo: se decide por la acción, que está apoyada por mayor

número de razones. La voluntad de la mayoría es pues la regla: ella debe imperar y la minoría debe someterse a aquella.

La minoría no puede quedar en libertad para separarse de la determinación adoptada; porque esa minoría, siguiendo el curso de los hechos, se fraccionaría a su vez en mayoría y minoría, y esta podría del mismo modo, separarse de la regla adoptada por el mayor número de los que la formaban, y así, llegaríamos a establecer al gobierno individual, o sea la voluntad soberana de cada uno respecto de los negocios comunes, esto es la anarquía absoluta.

“Las varias opiniones, agrega Grimke, después de la anterior observación, no existen siempre para ponerse literalmente en práctica. Su principal uso es el despertar la investigación, animar la discusión, conducir a un extenso y completo examen; y así exhibiendo la verdad en la sola manera en que debe exhibirse, producen la mayor ventaja asequible para la comunidad toda. Las opiniones y sentimientos de los hombres, pueden ser los más diversos imaginables, pero no así sus intereses. Dar libre campo a las primeras y someterlas después a la voluntad de la mayoría, es el solo modo de dar consistencia a los últimos, y de reducir a un sistema los complicados intereses de la sociedad.” Uno de los medios más importantes de prestar atención a la voluntad de la minoría, pesar y discutir sus razones, y aun de facilitarle la posibilidad de alcanzar prosélitos, y convertirse en la opinión de la mayoría, es darle representación en las asambleas, recogiendo los votos dispersos de las circunscripciones electorales, como lo manifestamos al hablar del sufragio.

¿Pero cómo debe conferirse el mandato, a fin de que los mandatarios sean fieles intérpretes de la voluntad de la mayoría? Este problema envuelve en sí todas las cuestiones inherentes al principio representativo. Alcanzar la exacta representación de la regla del gobierno, esto es de la voluntad de la mayoría, sin desoír la de la minoría, es en efecto el propósito que persigue esta forma política. Este propósito se alcanza por el empleo de los siguientes medios:

- **La constitucionalidad.**- El primer paso que, en el orden de las ideas, debe dar la sociedad, es establecer las bases de su modo de ser.

Ya hemos tratado de la necesidad de las constituciones escritas, pero debemos volver sobre este asunto, a propósito de la materia que nos ocupa. La nación debe elegir mandatarios que se encarguen de las funciones del gobierno, pero todo mandato, debe ser formulado en términos precisos, que tracen al mandatario la regla que debe seguir en el desempeño de su encargo. Si es necesario evitar que el mandatario, disponga discrecionalmente de los intereses a que debe atender, si esa necesidad es no menos imperiosa para el mandatario que desea cumplir honorablemente su cometido, que para el mandante interesado en que se cumpla de ese modo, es indudable que el mandato debe estar contenido en un instrumento perfecto.

La constitucionalidad es bajo otro aspecto, un correctivo necesario, contra el abuso de la mayoría que gobierna. El defecto del principio democrático, defecto de que por lo demás no pueden escapar ninguna institución humana, es el peligro del abuso. Es necesario que la mayoría consienta en poner límites a su autoridad y que en efecto los ponga. La constitucionalidad es el límite más eficaz que la mayoría se pone a sí misma.

161

“La constitución, dice Grimke cuyas ideas en esta materia son las que profesamos, es un instrumento que trata de formar sobre la reflexión, un cuerpo de reglas fundamentales para el gobierno de la comunidad, que puedan ser un resguardo contra las veleidades temporales del espíritu de partido. Así al echar los cimientos del sistema, se toman precauciones para asegurar los intereses de toda clase de personas, sin referencia al hecho de que puedan ellas pertenecer después al partido de la mayoría o de la minoría. Cada artículo de ese instrumento, es una declaración autoritaria en favor de la libertad general. Pueden variar las opiniones, cambiar las circunstancias y desear por el momento separarse de estas reglas fundamentales; pero este gran pacto se les presenta al frente; y aunque es claro que prácticamente, es posible saltar sobre los límites que ha establecido, pero es tal el poder que la regla del derecho ejerce sobre el espíritu de los hombres, que difícilmente habrá una facción que no esquive la tentativa, y si se aventura a realizarla, que no sea compelida a volver sobre sus pasos.”

Jamás pueden encarecerse bastante la importancia del régimen constitucional, como garantía para la minoría, para los individuos, y para todo género de intereses, contra los impulsos irreflexivos de la mayoría dominante. La constitución es el área santa, donde se depositan los derechos y la libertad de los asociados, los fundamentales intereses de la sociedad, para ponerlos lejos del alcance de las fluctuaciones, que los partidos y las pasiones ocasionan en la voluntad de las mayorías. Mediante la constitución, hay algo que no se discute, que no se cambia, que es inviolable; sobre lo que nada puede la voluntad de la mayoría que gobierna, y eso que no se discute y no se cambia, es nada menos que la libertad, la propiedad, la vida, los grandes intereses sociales, las bases del modo de ser político.

Es por esto que el imperio de la constitución jamás puede suspenderse; dentro de ella y con ella, se salvan los más grandes conflictos a que los pueblos pueden verse reducidos: ella es el depósito sagrado de derechos que jamás pueden ser desconocidos. Es la gran garantía para todos. Las reformas que en ella se operan, deben ser lentas y pacíficas; por años enteros deben meditarse y discutirse, dando lugar al pueblo para preparar al cambio, a fin de que este se verifique sin alarma y sin estrépito.

162

- **Elección.-** La elección de los funcionarios públicos, hecha por los ciudadanos que reúnen las condiciones necesarias, en personas aptas para ser elegidas, es el medio más notable de realizar el principio democrático representativo. ¿Pero cómo es posible, que un número tan corto de electores, represente realmente la opinión general? Del número total de los habitantes, hay que deducir los naturalmente incapacitados, esto es los niños, los locos, y según la práctica general, las mujeres; estos naturalmente incapacitados, forman en todas partes, las dos terceras partes por lo menos, del número total de pobladores nacionales. En seguida hay que deducir los legalmente incapacitados, esto es, los que no saben leer y escribir, los que no pagan el censo electoral, los condenados, los mendigos, los empleados de cierto orden &., &., de donde resulta, que en último análisis son tal vez décima parte o menos de los

habitantes, los que gozan del derecho de votar. ¿La opinión de esta pequeña fracción es la opinión de la generalidad?

- **La dificultad es solo aparente.-** Desde luego respecto de los naturalmente incapaces, es evidente que los niños y los locos no tienen opinión, no pueden pues tomárseles en cuenta. Las mujeres, se quiere suponer que tampoco la tienen, y aunque no participamos de esta opinión, pero dado el supuesto, tampoco deben ser contadas. En cuanto a los incapacitados por la ley, en un país que haya alcanzado un mediano grado de cultura, no pueden formar un número mayor que los capaces; pero suponiendo que lo formen, es indudable que sus opiniones estarán debidamente representadas por los que votan, porque si la opinión del país es una o unánime, es evidente que el resultado será idéntico, cualquiera que sea el número de los llamados a expresarla, por medio del voto y si hay mayoría y minoría de opinión, como la misma proporción que existe entre los incapaces y los capaces de la mayoría, debe existir entre los incapaces y los capaces de la minoría, el resultado de la elección será también el mismo que alcanzaría si todos votasen.

163

Esto prueba pues, que el principio de la representación no se menoscaba por las exclusiones transitorias, que restringen el voto público, exclusiones que, por otra parte, son necesarias e inevitables. Siempre que el mecanismo electoral sea tal, que conforme a él alcance su debida representación las diversas opiniones, nada significa en cuanto al principio, que los votantes sean en mayor o menor número.

En cuanto a la elegibilidad, por consideraciones análogas, la fijación de condiciones personales, y las exclusiones consiguientes, tampoco lastiman la representación.

- **Alternabilidad de los funcionarios.-** Las opiniones no son fijas e inmutables, y cambian en el pueblo, como cambian en los mandatarios. La uniformidad entre las opiniones del primero y las de estos, es sin embargo indispensable para la buena marcha de los asuntos públicos. Un gobierno que no se encuentra apoyado por

la opinión, o que está en divorcio con ella, es objeto de censuras y aún de resistencias, que traen como consecuencia inevitable la lucha constante, y la adopción de medidas violentas, que al cabo son atentados contra los derechos individuales o contra el orden social.

La uniformidad de opinión entre el gobernante y los gobernados, es por lo demás la base del sistema que adoptamos. Es la aplicación del principio de la soberanía que da al país el derecho de gobernarse así mismo, y no es necesario que volvamos a la demostración de esa verdad fundamental. Ahora bien, la alternabilidad de los mandatarios es la consecuencia lógica y necesaria de esa verdad; esta es pues una de las bases incontrovertibles de los gobiernos democráticos.

- **La responsabilidad.-** Esta es la consecuencia natural del carácter de mandatarios que corresponde a los funcionarios públicos. Si estos en efecto, no gobiernan en uso de un derecho propio, si no en virtud del encargo que les da el pueblo, para desempeñar determinadas funciones; sí al conferirles ese encargo, se les dan las instrucciones precisas contenidas en la constitución, y ellos aceptan el mandato bajo la condición de desempeñarlo debidamente, su responsabilidad por todo acto que viola las instrucciones, por todo acto que dañe los intereses cuya custodia les está encomendada, es incuestionable.

Pero la aplicación amplia y sin reserva del principio de la responsabilidad legal, es el grande obstáculo con que tropiezan las instituciones humanas.

“Estas dificultades y estos obstáculos, dice Rossi, es necesario no disimularlo, están en la naturaleza misma de las cosas y en las pasiones humanas. Y digo en la naturaleza misma de las cosas, pues quien dice poder, o no dice nada o habla de una fuerza, de una fuerza que debe sin duda hallarse al servicio del derecho, que debe ser auxiliar de la justicia e instrumento del bien y de lo útil, pero sin embargo una fuerza pues sin eso no hay poder. Pero el propio tiempo está en la naturaleza de las cosas, que una fuerza, desde que existe, tienda a

desenvolverse en provecho exclusivo de los que están investidos de ella. Aquí están pues las dificultades del problema. Se quiere de un lado tener depositarios de la fuerza social en provecho de la sociedad, del orden público, del derecho de cada uno, y se quiere al mismo tiempo para todos los casos posibles, encontrar el medio de someter a los depositarios del poder social a una responsabilidad efectiva, a lo que se llama la responsabilidad legal. ¿Ahora bien, presentase aquí la enorme dificultad del problema, pues el poder que responde legalmente no puede responder sino ante un poder más fuerte que él, y entonces ante quién responde este poder, ante el cual responde el primero? En otros términos, ¿quién juzgará al juez? He aquí pues el verdadero nudo de las cuestiones que se agitan desde hace tantos siglos; el término de los esfuerzos de tantos hombres ilustres y de tantas sociedades civiles. Cualquiera que sea la forma, sea cual fuere el nombre del gobierno, ya se confíe el poder a uno solo, a muchos, a un gran número, a todos, se llega siempre a un depositario del poder social, y todo depositario del poder social puede abusar de él, porque cualquiera que sea, sea cual fuere su nombre, puede apartarse del bien, del derecho, puede violar el derecho del débil en provecho del fuerte. Y entonces sea cual fuere el que obre así, hay violación de la justicia, hay abuso del poder social. Ahora bien, si se quiere resolver el problema, de manera que haya para todos los casos garantía directa, responsabilidad legal, es preciso que esta garantía directa se encuentre en una fuerza, en un poder superior al poder que se trata. De otro modo sería un hombre vano, una cosa ineficaz. ¿Así tenéis jueces? Queréis que cada juez responda de todos sus juicios, de los errores que puede cometer, del abuso voluntario que puede hacer del poder de que está investido, ¿qué haréis? Los enviaréis ante otros jueces. ¿Y estos nuevos jueces? Ante otros jueces aún. Es preciso sin embargo detenerse en alguna parte; esto está en las necesidades humanas, llegareis siempre a un punto en que la garantía directa, la responsabilidad legal es impotente, donde el hombre solo depende de Dios, de su conciencia y de la opinión pública.

El gobierno representativo fundado en los principios que acabamos de estudiar, es la forma legítima de organización política. Bajo el aspecto de la justicia, esto es, bajo el punto de vista de las necesidades abstractas de la sociedad, no cabe por lo mismo discusión, respecto de

la superioridad de la forma representativa, sobre las variadas formas que el gobierno absoluto puede presentar. No hay parangón posible entre lo perfecto y lo imperfecto, lo legítimo y lo vicioso, lo que encuentra su fundamento en la naturaleza y lo que contraría esa naturaleza. Queda por lo tanto grandemente simplificada la cuestión relativa a saber cuál es la mejor forma de gobierno. El gobierno representativo es el que reúne a su favor, los incontestables principios de la soberanía pública y los demás que son su consecuencia lógica y precisa.

¿Pero el gobierno representativo puede ser implantado en todas circunstancias, a pesar de las ideas, las costumbres, los diversos grados de cultura, de aptitud o incapacidad en los pueblos, para aceptarlo y conservarlo, en una palabra, a pesar de la manera de ser social de cada nación? Evidentemente no. El sistema representativo no puede ser implantado, como no puede serlo ninguna institución, si no mediante la concurrencia de ciertas circunstancias prácticas, que lo permitan y lo mantengan. Esas condiciones para el establecimiento y marcha normal de toda forma de gobierno, pueden reducirse sustancialmente a dos: 1ª Consentimiento y aceptación del pueblo a la forma que trate de implantarse, o por lo menos, que no sea rehusada o rechazada por el país: 2ª voluntad y aptitud en el país para mantener esa forma, y para hacer todo lo que ella exige de los ciudadanos. Un pueblo salvaje no consentirá, sin duda, en la adopción de una forma regular de gobierno; y un pueblo habituado a la libertad, o que la desea ardientemente no permitirá el imperio del absolutismo.

Puede no haber resistencia para la adopción de una forma determinada; pero puede faltar la voluntad o la inteligencia para conservarla. “Un pueblo dice Stuard Mill, puede preferir un gobierno libre, pero si por su indolencia, indiferencia, cobardía o falta de espíritu público es incapaz de hacer los esfuerzos necesarios para conservarlo, si no quiere combatir por su gobierno cuando esté es directamente atacado; si puede ser el juguete de los artificios puestos en obra para despojarlo de él; si en una hora de desaliento o de temor temporal, o en un raptó de entusiasmo por un individuo, puede ser arrastrado a deponer a los pies de un grande hombre sus libertades, o a confiarle poderes que le hagan capaz de destruir las instituciones, en todos estos casos ese

pueblo es más o menos impropio para la libertad, y aunque de haberla poseído por algún tiempo, le haya resultado bien, tardará extraordinariamente en gozar de ella.”

Toda forma de gobierno y sobre todo la forma representativa, reclaman el cumplimiento de deberes comunes, hábitos de orden y de probidad política, espíritu público que inspira interés y respeto por las instituciones, y disponga para hacer u omitir lo que ella exige. Si todo esto falta, y falta hasta ese grado extremo, si en lugar de estos elementos imperan la indiferencia absoluta por los negocios públicos, el hábito de desobediencia a la ley, a la autoridad, el egoísmo individual sobreponiéndose a todo deber político y maleando toda institución, el gobierno representativo no existirá, o su existencia será puramente nominal.

La organización política depende así en gran manera del modo de ser social. Las formas de gobierno no son en consecuencia, un asunto de pura elección. No quiere decir esto, que como lo pretende la escuela histórica, en nada entren en su elección, la reflexión y la voluntad de los hombres y de los pueblos. Puede elegirse entre una y otra forma, entre una u otra institución, pero el poder de elegir, está limitado por las dos condiciones de que hemos hablado: voluntad del país para aceptarla, o al menos para no rehusarla, voluntad y capacidad para conservarla, y hacer lo que esa forma o esa institución exige indispensablemente.

Las dos formas especiales de gobierno representativo, son la monarquía constitucional y la república democrática. La diferencia sustancial entre una forma y la otra consiste en que, en la primera, el monarca ejerce el cargo de por vida y es irresponsable, y en la segunda, el jefe del Poder Ejecutivo o presidente, es elegido para un periodo determinado y responsable de sus actos. Aparte de esta principal diferencia pueden existir otras. Generalmente el monarca, tiene una participación más directa en la formación de las leyes, por la facultad de nombrar a algunos de los miembros de la Cámara Alta, por la de disolver las asambleas, o por el veto absoluto de que goza. Regularmente también, tiene atribuciones más amplias como jefe del Poder Ejecutivo, y aún en el orden judicial se le concede el derecho de gracia y conmutación.

El monarca es considerado como un poder neutro o conservador, aparte de su carácter de jefe del Poder Ejecutivo. En la monarquía, casi es necesaria la existencia de una clase de nobles que la constituyen los miembros de la familia real y los que obtienen títulos del monarca.

No es necesario que insistamos en las ideas que tenemos adquiridas, para persuadirnos de la superioridad teórica de la forma republicana sobre la forma monárquica. La alternabilidad y responsabilidad del jefe del Poder Ejecutivo, consultan debidamente respecto de este Poder, los dos principios sobre qué reposa el sistema representativo: el principio democrático o el imperio de la opinión en el gobierno; y la delegación o el mandato conferido al encargado de ejercer ese poder. Pero no debemos olvidar, que la adopción de una forma de gobierno no es simplemente cuestión de elección: hay que tener en cuenta la voluntad y la actitud del pueblo para recibirla y conservarla, y por lo mismo en determinados países puede no ser practicable la forma republicana.

LECCION XVIII

SUMARIO: Necesidad de la dualidad de Cámaras - Cámara de Representantes o Diputados: condiciones de elegibilidad, duración y principio que representa - Cámara de Senadores - Elegibilidad, duración, origen.

La primera cuestión de que debemos ocuparnos, al estudiar la organización del Poder Legislativo, es la relativa a la unidad o dualidad de las cámaras. ¿Debe el Poder Legislativo estar dividido en dos cámaras?

Delolme ha sido uno de los primeros que ha probado la necesidad de la división de cámaras. “Es necesario limitar la autoridad del Poder Legislativo, porque lo que el Poder Ejecutivo puede hacer paso a paso, esto es infringir las leyes, el Legislativo lo puede hacer en un instante: su voluntad decide de la existencia de las leyes y puede anonadarlas por su simple querer. El Poder Ejecutivo, aunque único puede ser fácilmente limitado, pero para limitar al Legislativo es necesario dividirlo, porque cualesquiera leyes que dicte para limitarse así mismo, esas leyes son respecto de él simples resoluciones, las barreras que él quiera poner a su propia acción, se apoyan en el mismo y están dentro de él y por lo tanto no son tales barreras.” El límite a la acción legislativa, debe estar fuera de ella misma: debe ser algo exterior, que sea un obstáculo, una resistencia para esa acción. Pero si el Poder Legislativo está encargado a una asamblea única, es indudable que la facultad que le corresponde de dictar y derogar las leyes, es ilimitada y absoluta, y lo que se quiere evitar en la organización política es la existencia de poderes absolutos.

Laboulaye, cree que una de las ventajas que se obtienen de la dualidad, es evitar la precipitación en la formación de las leyes. Los trámites que se observan para dictar la ley, no son bajo el régimen de la unidad de cámaras, garantías suficientes para impedir la precipitación y el error que pueden ser su resultado; pues esos trámites pueden ser eludidos, con el pretexto de la urgencia del asunto. Tal limitación sería, de las que dependen de la voluntad de la asamblea y por consiguiente no sería verdadera traba.

Se evita en segundo lugar, que la pasión o el interés de una asamblea única, sean los que determinan la existencia de la ley. Una segunda cámara, no puede ser apasionada ni egoísta por cuenta de la otra.

La doble discusión de las cuestiones ilustra al pueblo. La repetición de las razones que apoyan la ley, hace que no se las olvide fácilmente: la instrucción de que aquí resulta, es incuestionablemente ventajosa.

170

“No me detendré decía Boissy d’Anglas ante la convención, en presentar los peligros inseparables de la existencia de una sola asamblea; tengo en mi apoyo vuestra propia historia y el sentimiento de vuestras conciencias. Quien mejor que vosotros, podría decirnos cual puede ser la influencia de un individuo; cómo las pasiones que pueden introducirse en ella, las divisiones que pueden nacer, la intriga de algunos facciosos, la audacia de algunos malvados, la elocuencia de algunos oradores, esa falsa opinión pública de que es tan fácil investirse, pueden excitar movimientos que nada detiene, ocasionar una precipitación que no encuentra ningún freno, y producir decretos que pueden hacer perder al pueblo su honor y su libertad, y a la representación nacional su fuerza y su consideración?”

En una sola asamblea la tiranía no encuentra oposición sino en sus primeros pasos. Si una circunstancia imprevista, un arranque de entusiasmo, un extravío popular le hacen vencer el primer obstáculo, no encuentra ninguno otro que la detenga. Se arma de toda la fuerza de representante de la nación contra ella misma; establece sobre una base única y sólida el trono del terror, y los hombres más virtuosos, pronto se ven forzados a sancionar sus crímenes, a dejar correr ríos de sangre, antes de intentar una conjuración que derribe al tirano y restablezca la libertad.”

Estas ideas están apoyadas por casi todas las constituciones de los pueblos regidos por el sistema representativo, que establecen una Cámara de Diputados o Cámara Baja, que representa el país, y otra Cámara de Senadores o Cámara Alta, que, sin dejar de tener la misma representación, consulta por su manera de ser, otros intereses de grande importancia. Nos ocuparemos separadamente de ambas.

Las condiciones de elegibilidad para los representantes, generalmente establecidas en las diversas constituciones, son la edad, la ciudadanía, y el domicilio. Regularmente se señala veinticinco o treinta años, esto es algo más que la mayoría legal, como signo de madurez y reflexión, para desempeñar debidamente las importantes funciones de legislador. La ciudadanía, ya de nacimiento, como muestra de amor patrio, sin la limitación y la reserva que impondrían el recuerdo y el afecto a la antigua nacionalidad, o simplemente por naturalización, pues en todo caso es necesario ser ciudadano para ejercer las funciones políticas. Finalmente, el domicilio en el departamento o provincia por donde se es elegido, es sin duda condición indispensable, cuando se trata de una asamblea federal, en donde deben estar representados los diversos Estados soberanos que forman la confederación; no lo es con la misma necesidad, bajo la organización unitaria, en la cual las divisiones políticas, ni tienen diversidad de intereses, ni son entidades jurídicas separadas. No obstante, el domicilio, como signo de la uniformidad de opiniones, entre el elegido y los electores, de la confianza de estos en aquel, confianza que casi siempre viene de las relaciones de vecindad, puede exigirse si no respecto de todos, al menos de una parte de los representantes que da la circunscripción electoral. Respecto de todas estas condiciones, y aun de algunas otras que pudiera señalarse, como la posesión de una renta, es el derecho positivo de cada pueblo, el que, en razón de las circunstancias especiales, debe resolver lo conveniente.

La duración de la Cámara de Representantes, no puede ser tan corta que la coloque en la imposibilidad de ejercer debidamente su mandato, expidiendo las leyes que las necesidades y la opinión pública reclaman, ni tan larga que rompa todo vínculo entre los elegidos y los electores, dando lugar en los primeros a una peligrosa convicción de independencia, que haría de la cámara un cuerpo oligárquico, sin

vínculo con el país, y extraño a las influencias de la opinión. Las condiciones materiales del país, como un vasto territorio escaso de vías de comunicación fáciles, influyen también en la duración que debe darse a las asambleas. No sería posible en tales circunstancias, la renovación anual de la cámara, o por lo menos traería graves inconvenientes. Una muy corta duración, produciría frecuentes cambios en la legislación, y las agitaciones electorales serían casi permanentes. Debe, además, tenerse en cuenta para fijar esa duración, la necesidad o conveniencia de que coincida la renovación de la cámara, con la elección del presidente en las repúblicas. Es necesario que la misma opinión, el mismo partido preponderante que hace la elección del presidente, haga la de la cámara, a fin de que los dos poderes, representen las mismas ideas e intereses, y se conserve así la armonía que debe reinar entre ambos. El espacio de dos o cuatro años para la renovación total, haciendo esta por la mitad cada bienio, si se adopta la última cifra, es lo que más comúnmente conviene, sobre todo, si la duración del presidente es de cuatro años, y se hace coincidir una y otra elección. La teoría no puede, sin embargo, establecer nada más de positivo sobre este punto.

172

En cuanto al espacio que debe mediar entre las sesiones de una misma asamblea, esto es, si debe reunirse cada año o cada dos años, y por cuántos días debe funcionar, también son cuestiones de conveniencia y necesidades prácticas.

Las cámaras legislativas representan al país y por lo mismo no es para nosotros dudoso, que debe tomarse la población como base electoral. Ni el territorio, ni la riqueza, ni ningún otro interés especial, tienen títulos bastantes, ante el principio de la soberanía nacional, para hacerse representar especialmente en las asambleas. Son los habitantes del país, los que deben ser representados. ¿Pero cuál será la unidad electoral?

Debe ante todo tenerse en consideración, los graves inconvenientes que resultan de las asambleas muy numerosas.

Se ha dicho con mucho acierto, que a medida que las asambleas son más numerosas, es mayor el peligro del predominio de la pasión

y del interés, porque aumenta la proporción de los miembros poco instruidos y experimentados. El ascendiente que logra alcanzar un orador elocuente o un intrigante astuto es más eficaz y decisivo. Un solo tribuno arrastraba en pos de sí a un pueblo entero en las repúblicas antiguas, y una asamblea se asemeja más a un pueblo entero, y participa más de sus pasiones y sus afectos a medida que es más numerosa. En la apariencia una gran asamblea es más democrática, pero en el fondo es más oligárquica, por su espíritu, sus tendencias y su manera de obrar.

La cifra precisa de representantes, solo puede ser fijada por el derecho positivo.

Hemos dicho que la existencia de una segunda cámara es absolutamente indispensable. ¿Pero será esta cámara idéntica a la primera, en el principio que representa, en las condiciones de elegibilidad de sus miembros, en su duración, en su número &. &?

173

Es evidentemente la representación de la voluntad general, la que se busca en la institución de las asambleas, pero se olvida que “las naciones como los hombres tienen dos especies de voluntad: la voluntad de hoy y la voluntad de mañana que es la razón. Es preciso pues, dejar a las naciones como a los individuos el tiempo de la reflexión, y este tiempo no puede serle dado sino por un examen múltiple.” Las asambleas legislativas son el órgano de la voluntad general, pero es necesario organizarlas, de modo que trasmitan esa voluntad, depurada de los vicios que puede presentar en sus primeras manifestaciones. Las pasiones, el espíritu de partido, la influencia de un tribuno elocuente, mil causas pueden inspirar al pueblo en un instante de entusiasmo o de delirio, una voluntad que se desvanece más tarde, cuando la reflexión y la calma recobran su imperio en los espíritus. A esta segunda voluntad, que es siempre la voluntad pública, pero que es la voluntad reflexiva, es a la que debe darse oportunidad y facilidades para ser expresada por las asambleas. Este gran propósito se alcanza, organizando la segunda cámara, de manera que en ella tengan voz y voz autorizada los grandes intereses nacionales. Los intereses locales, las ciencias, las letras, el arte, el trabajo, la navegación, la legislación civil, las finanzas, las relaciones internacionales, todo esto debe dejarse oír, y raro será, que

cuando se habla al pueblo a nombre de esos grandes intereses, le hablan sus genuinos representantes, el pueblo insista en una opinión, que adoptada sin examen, arruinaría tal vez la hacienda pública, comprometería la paz del Estado, detendría el progreso del trabajo o lastimaría algún otro interés social.

No se falsea el sistema representativo, cuando se quiere que la Cámara Alta interprete la opinión pública, pero la opinión del pueblo a quien se haya hablado ya en nombre de sus intereses. Cuando esto se consigue, esta cámara es verdaderamente el límite y el contrapeso moderador de la otra, que, elegida por la gran masa de electores, y a impulsos del sentimiento más que de la reflexión, no tiene las condiciones necesarias para detener ni por un instante siquiera el curso de la opinión dominante. No basta pues para limitar al Poder Legislativo, dividirlo simplemente en dos cámaras, es indispensable que haya diferencia entre estas, introduciendo algo nuevo en el principio que ambas representan. Esto es lo que han comprendido los dos grandes pueblos regidos por el gobierno representativo en su más perfecta aplicación: la monarquía de Inglaterra y la república democrática de los Estados Americanos.

174

Hay una preocupación fuertemente arraigada, en los espíritus que no se detienen a meditar lo que significa una alta cámara. Se cree, que se trata de establecer una institución aristocrática, o por lo menos algo opuesto al principio democrático. Esta preocupación, como casi todas las que dominan en materia de instituciones políticas es eminentemente francesa. “En América el Senado es popular, sin embargo, es una democracia, y sin duda una democracia mucho más completa que la nuestra, porque si la verdadera democracia, está allí donde los ciudadanos toman el gobierno por su cuenta y hacen ellos mismos sus negocios, no podemos afrontar la comparación. Hay allí en una segunda cámara algo muy diverso del privilegio. Los americanos, tan amantes como nosotros de la igualdad y de la libertad, han visto en un senado el moderador necesario de la democracia, el medio no de debilitar la soberanía popular, sino de fortificarla,”

Partiendo pues de estas ideas, veamos cómo debe organizarse la segunda cámara para llenar su verdadero objeto.

Las condiciones de elegibilidad no deben ser idénticas a las de los miembros de la Cámara de Representantes.

Debe señalarse condiciones que revelen un mayor grado de reflexión y madurez, de independencia social, de interés público bien entendido, y aun si se quiere de instrucción y de experiencia. Como respecto de la Cámara de Representantes, la edad, la renta, la posición en orden a las profesiones y al trabajo, son las generalmente establecidas. Al criterio del Poder Constituyente toca decidir sobre este punto. No olvidemos lo que tantas veces hemos repetido: las condiciones de elegibilidad, como las del elector, no pueden descansar en el privilegio; no deben ser exclusiones absolutas y permanentes, ni mucho menos pueden envolver nada de personal. Lo contrario sería caer en la aristocracia, elemento que entra en la composición del senado inglés, pero que en razón del predominio que, en ese país, tiene la opinión pública, no es un elemento opuesto a los intereses populares y a la libertad.

175

La Cámara de Senadores, por el objeto mismo de su institución, debe ser de más larga duración que la de los representantes. Es necesario poner un correctivo a la inestabilidad de las leyes que es la consecuencia de la inestabilidad de la Cámara de Diputados. El espíritu de innovación es inseparable de toda autoridad de nueva creación. “Esta inestabilidad, decía Hamilton, es fatal a la industria, al espíritu de empresa, al trabajo regular. Es el reino del agio, industria de un pueblo sin porvenir. Disminuyendo la seguridad del trabajo, del capital, de la propiedad, aun de las personas, esta movilidad perpetua, mina el fundamento sobre que reposa la sociedad: debilita el respeto a las instituciones y la adhesión al gobierno y a las leyes; sin los cuales no hay Estado ni patria.”

Es necesario conservar el espíritu de tradición, que entra por mucho en las reformas saludables y meditadas; ese espíritu no existe ni en la Cámara de Representantes, ni aun en el Poder Ejecutivo en las repúblicas, y sin embargo hay necesidad de algo más durable y firme. Es necesario así mismo, conservar ese espíritu respecto de las relaciones con las naciones extranjeras, porque no es solo la letra de los tratados internacionales lo que se necesita conocer es preciso

penetrar en sus tendencias, en los propósitos no siempre explícitos que los inspiraron. La política externa es algo que no descansa en intereses de un día: es el tiempo el que plantea las miras, y el que le da acertadas soluciones. En un país en que la Cámara de Representantes se renueva cada dos años, los Estados Unidos Americanos, el senado dura seis años renovándose por terceras partes cada dos años. Este término es tal, que no desvirtúa el carácter democrático de la institución, pero que consulta el espíritu de tradición y conservación que muy acertadamente se persigue.

Como se trata de hacer de la Cámara de Senadores, una institución que sin perder su carácter popular, sea al propio tiempo un elemento de estabilidad y reflexión, que modere la intemperancia del sentimiento público, depure la opinión de las pasiones que pueden haberla inspirado, y todo esto en nombre de los grandes intereses nacionales, que muchas veces, escapan a la mirada de las muchedumbres, se ha desconfiado, y con razón, de la simple elección popular, y se ha pensado en algún medio que consulte la necesidad del origen popular del senado, con el alto propósito que debe realizar. En los Estados Americanos, la solución era fácil, porque la existencia de Estados soberanos, con legislaturas propias, inspiró la idea de confiar la elección de los miembros del senado federal, que representan a esos Estados, a sus perspectivas asambleas legislativas, que son de origen popular. Por este fácil camino, se lleva al senado a los hombres de alta significación social, que forman la única aristocracia posible en un pueblo libre: La aristocracia del mérito. El mismo sistema de elección puede adoptarse en todos los Estados federativos, aun en aquellos en que, bajo el régimen de la descentralización administrativa, no habría inconveniente en confiar la elección de los senadores a los consejos de administración local de las grandes divisiones territoriales.

En donde no haya estas facilidades, debe quedar la elección al pueblo, más bien que encargar al Poder Ejecutivo del nombramiento de los senadores, o de hacer el cargo hereditario, medios generalmente incompatibles con el gobierno representativo. La elección de dos grados adoptada en algunos países, respecto del senado, no está desnuda de los inconvenientes de que hablamos, al ocuparnos del sufragio.

La Cámara de Senadores es siempre mucho menos numerosa que la de diputados. Ya se tome por base de la elección el número de los Estados federales, en los países donde estos existen, ya las grandes divisiones territoriales, se consulta siempre la inferioridad del número, respecto del de la otra cámara. Y se procede acertadamente, porque, por una parte, la representación de la opinión, que es lo que exclusivamente se tiene en mira, al organizar la Cámara de Diputados, se consigue debidamente en ella, y es innecesario por lo mismo, buscarla tan ampliamente en la de senadores; y en esta por otra parte, se desea más que esa representación, buscar el límite y el contrapeso a la autoridad de aquella, por la ilustración respecto de los intereses generales y la madurez de las deliberaciones. Para este fin no es necesario un cuerpo tan numeroso como la primera cámara.

LECCION XIX

SUMARIO: Atribuciones especiales de las cámaras; publicidad de las sesiones; quorum - Inviolabilidad e inmunidad de los representantes; incompatibilidades - Responsabilidad política del ministerio; interpelaciones.

Vamos a ocuparnos de otras cuestiones, relativas a la organización y manera de funcionar de las cámaras legislativas, y a la condición legal de sus miembros. La natural e indispensable independencia del Poder Legislativo en general y de las cámaras en especial, exige que cada una de ellas, goce de la facultad de decidir sobre la validez o nulidad de la elección de sus miembros, y de la capacidad del elegido. No puede hacerse depender de la autoridad del Poder Ejecutivo ni de la del Poder Judicial, la calificación legal y personal de los miembros de las cámaras, porque esto sería dar a uno u otro, una autoridad peligrosa sobre estas. Solo entrarían a las cámaras, las personas a quienes diera acceso el poder calificador, que quedarían así ligadas con este, si no lo estaban de antemano, y cuya voluntad, por lo tanto, sería casi omnipotente en las deliberaciones de las asambleas. Los mismos inconvenientes resultarían respecto de ambas cámaras, si la una tuviera el derecho de calificar a los miembros de la otra.

El Poder Judicial no es del todo extraño a los abusos cometidos en el ejercicio del sufragio. Él es sin duda, el llamado a reprimir los delitos que en esta materia se cometan, aplicando las penas respectivas a los delincuentes, Pero esta jurisdicción es independiente y separada de la de las cámaras, que resuelven sobre el efecto general de validez o nulidad de la elección y sobre la capacidad del elegido, dejando al Poder Judicial, el juzgamiento especial de tal o cual, hecho, que importe un verdadero delito.

Corresponde a las cámaras el nombramiento de presidente y vicepresidente, secretarios, y de todos los empleados de que necesita para la expedición de sus asuntos. Tienen también el derecho de formar y modificar los reglamentos interiores, sin establecer por supuesto en ellos, nada que esté en oposición con la constitución y las leyes.

Les corresponde designar el lugar de sus sesiones, y cuanto se relacione con su mecanismo interior.

La publicidad de las sesiones de las asambleas legislativas, es una condición necesaria y provechosa. Por medio de la publicidad, el país toma parte en las cuestiones que se debaten, porque la prensa periódica las discute también, y los representantes, pueden así conocer mejor el sentimiento público, y aún alcanzar mayor ilustración sobre el punto que se debate. La publicidad da a los electores el medio de juzgar a sus mandatarios, y de cancelarles o renovarles los poderes en las nuevas elecciones. Bajo este aspecto, la publicidad establece un lazo de unión entre el representante que desea hacer ver la manera digna como desempeña el encargo, y sus comitentes que le prestan su aplauso y su simpatía.

180

Hay, sin embargo, excepciones a este respecto. Las relaciones internacionales, cuestiones muchas veces graves sobre la hacienda pública, y otros asuntos de interés general, pueden exigir el secreto como medio necesario o conveniente para su provechosa solución. Los asuntos personales, pueden reclamar también el secreto, para evitar influencias peligrosas que comprometan la independencia de las opiniones.

Para que las asambleas puedan reunirse y deliberar es necesario que se encuentre presente la mayoría de sus miembros. Esto es evidente. Ya hemos dicho que es una necesidad ineludible en todo cuerpo colegiado, que la mayoría impere. ¿Pero de qué mayoría se trata? ¿debe ser el quorum legal, esto es la mayoría de los miembros que según la ley forman la asamblea, o el quorum real, o sea la mayoría de los miembros que efectivamente existen, deducidos los fallecidos y los que han perdido el cargo? La fijación del quorum legal, trae el peligro de que una minoría disidente. por su retiro de la asamblea,

haga imposible toda deliberación. Para evitar este inconveniente, se fija generalmente el quorum real. Es casi inútil agregar que la mayoría de votos decide las cuestiones.

Los representantes deben gozar de entera independencia en la manifestación de sus opiniones, y por lo mismo, estar exentos de persecuciones por las que emitan. El temor de la responsabilidad por ellas, entrabaría grandemente la libertad, de que deben gozar los miembros de las asambleas legislativas, sobre todo cuando las discusiones ruedan sobre los actos del Poder Ejecutivo. Es necesario en todo caso, que puedan decir cuanto piensan sobre las materias en debate; y que el límite de esta libertad esté dentro de la cámara misma, O sea en la facultad que corresponde a esta y a su presidente, para contener en el orden y la circunspección a los representantes.

Todas las constituciones prohíben que se acuse o persiga a los representantes, por razón de delitos o faltas, sin el consentimiento de su cámara, durante la época de las sesiones y algún tiempo antes y después de ellas. Esta inmunidad tiene por objeto, impedir que, por el medio de una acusación inmotivada, se separe al representante, de la asamblea en donde su palabra y su voto, pueden lastimar algunos intereses personales, o contrariar los designios de otro poder. Es por lo mismo conveniente que sea la cámara misma, la que juzgue y decida de la gravedad de la acusación, y preste o no su aquiescencia para el juzgamiento de sus miembros, Debe suponerse, que la cámara no niegue esa aquiescencia, cuando realmente se trata de un criminal, cuya sola presencia sería una deshonra para ella.

La inmunidad civil ha caído en completo desuso. Hoy no se duda que todos, cualquiera que sea el puesto que ocupen en la sociedad, y por altas que sean las funciones políticas de que estén investidos, tienen que cumplir las obligaciones civiles, ordenan la fidelidad de los pactos, la devolución de lo ajeno, y el pago de las adendas. La exención de tales obligaciones, es contraria a la propia dignidad del favorecido, como opuesta a la probidad, de que deben dar ejemplo muy especialmente, aquellos a quienes se confía el desempeño de elevados puestos.

Como garantía también de la independencia del legislador, se ha establecido incompatibilidades entre el cargo de representante y las funciones asalariadas, que confiere el Poder Ejecutivo. El excesivo rigor a este respecto, trae gravísimos inconvenientes, que es necesario evitar. “No se puede, dice Babbie, aprobar la disposición que aleja del Poder Legislativo, a todos los funcionarios públicos. “En un país como el nuestro, en donde la mayor parte de los hombres inteligentes y laboriosos, se dirige a las funciones públicas, es quitar a la redacción de las leyes los colaboradores más esclarecidos. ¿Es acaso tan fácil hacer buenas leyes, para privarse voluntariamente del concurso más útil? La independencia es, sin duda, muy importante y hay razón para procurarla, pero es inconciliable con las funciones públicas ¿La experiencia no ha demostrado, al contrario, que los grandes propietarios, no tienen ni más dignidad, ni más carácter que los funcionarios? Que se diga el saber, la inteligencia y la moralidad concurren a la independencia, pero habría injusticia en no reconocer, que estas cualidades se encuentran frecuentemente entre los funcionarios de los diversos servicios. Que la incompatibilidad, excluya ciertas categorías a causa de inconvenientes especiales, que se establezca por ejemplo para los funcionarios no residentes en París, eso se concibe, a causa de las necesidades del servicio que no pueden conciliarse con el abandono del lugar.”

182

“La incompatibilidad, dice Bastiat, como sinónima de exclusión, presenta tres grandes inconvenientes:

1. Es un grave ataque contra la elección del sufragio universal. El sufragio universal es un principio tan celoso como absoluto. Cuando toda una población rodea de estimación, de respeto, de confianza, de admiración a un consejero de la corte de apelaciones, por ejemplo, cuando tiene fe en sus luces, y en sus virtudes, creéis que será fácil hacerla comprender, que ella puede confiar a quien bien le parezca, el cuidado de corregir su legislación, ¿excepto a este digno magistrado?
2. No es un atentado menos grave el de despojar del más hermoso derecho político, de la más noble recompensa de leales y largos servicios, recompensa otorgada por el libre voto de los electores a

toda una categoría de ciudadanos. Se podría casi preguntar, hasta que punto la misma asamblea nacional tiene este derecho.

3. Bajo el punto de vista de la utilidad práctica, salta a los ojos que el nivel de la experiencia y de las luces estará muy bajo en una cámara, renovable cada tres años y de donde son excluidos todos los hombres versados en los negocios públicos. Pero bien, la asamblea debe ocuparse de la marina, ¿y no habrá un marino en ella? del ejército y no habrá un militar? de legislación civil y criminal y no habrá un magistrado?

Bastiat propone, que en principio y salvo algunas excepciones, los funcionarios puedan ser encargados del mandato legislativo, pero que los diputados no podrán, mientras dura su encargo, ser promovidos a puestos públicos.

El mismo Babbie hace notar, que, conforme a la constitución de 1852, los ministros no puedan formar parte del cuerpo legislativo, y que respecto de ellos la incompatibilidad es más severa, porque la establece la constitución, mientras que, respecto de los demás funcionarios, nace de una ley orgánica. Y no solo no pueden los ministros ser tomados del cuerpo legislativo, sino que no pueden ser elegidos legisladores, y respecto de la opinión de Bastiat que sostiene la separación de las funciones de diputados y de ministro, sistema que cree preferible al de la elección de ministros de entre los diputados. Mr. Babbie, hace notar que esta opinión no tiene ni en mucho el alcance que se le atribuye. “Si los ministros son responsables ante las cámaras, si se hallan en la necesidad de retirarse, cuando los abandona la confianza de la asamblea, sean o no diputados, no habrá gran diferencia en su situación. La cuestión verdaderamente interesante, es la de saber, si serán responsables ante las cámaras, y si tendrán acceso a ella para defender sus actos contra los ataques de la oposición.

Este problema planteado por Mr. Babbie, nos conduce a tratar de un asunto de muy alta importancia, en orden a la jurisdicción política que corresponde a las cámaras legislativas, y en virtud de la cual tienen participación en los actos del Poder Ejecutivo. ¿Deben las cámaras juzgar a los altos funcionarios del Poder Ejecutivo?

No queremos hablar aquí de la responsabilidad criminal, en que pueden incurrir los ministros en las monarquías, o estos y el presidente en las repúblicas; de esta materia nos ocuparemos al hablar del Poder Ejecutivo. Vamos a establecer solamente la necesidad de la responsabilidad política de los ministros, ante las cámaras, y en virtud de la cual estas pueden obligar a aquellos a dimitir su cargo.

Puede presentarse un ministro negligente, abandona los negocios públicos: que no maneja las cuestiones graves con la profundidad que exigen, que desatiende los reclamos de los particulares; que introduce el desorden y la confusión en su despacho. Puede al contrario ser el ministro muy activo, pero no tomar gran cuidado de los intereses públicos, de la constitución, de las libertades, sin que haya, sin embargo, contra él motivo de acusación criminal. “Qué hacer pues en estos casos? se pregunta Rossi. ¿Será preciso resignarse con una administración débil, que no inspira confianza, que no satisface las necesidades del país? Hay entonces lugar a la responsabilidad políticas sin llegar a la responsabilidad judicial. Las cámaras pueden realizarla; el rey con más facilidad. Cuando el rey juzga que el gabinete no satisface las condiciones de buen gobierno, libre como es para nombrarlo, lo es para destituirlo. Cuando las cámaras juzgan que el ministerio no satisface las condiciones de un buen gobierno, tienen el derecho de rehusar a concurso a este ministerio.

184

Una cámara manifiesta su desaprobación de muchas maneras: Cuando quiere hacerlo de un modo expreso y directo, puede manifestar esa desaprobación en una carta de adhesión a la corona. Fue así que procedió la Cámara de Diputados en su famosa carta de los 221. La cámara declaró lealmente a la corona al mismo tiempo que su fidelidad, que rehusaba su apoyo al ministerio.

La cámara puede también manifestar su desaprobación, negando su voto a leyes necesarias propuestas por el Ministerio. Esta es una manera de decir a los ministros: “nada quiero de vosotros”.

Rossi encuentra que esta responsabilidad política, susceptible por lo demás, de muchas y muy significativas diferencias, es indispensable para mantener la armonía entre los diversos elementos del Estado y evitar que la lucha traiga un rompimiento.

Babbie hace notar que, bajo el régimen parlamentario, los ministros eran responsables ante las cámaras de los actos de su administración. Según las prácticas establecidas, los ministros podían ser interpelados, y abandonaban sus puestos, tan luego como habían perdido la confianza de una de las asambleas. El ministro no esperaba un voto formal de desconfianza: media palabra le bastaba para comprender el pensamiento de la cámara, y abandonar el portafolio.

Laboulaye ha tratado con más detenimiento esta importante materia. La responsabilidad política, según él, no importa ni deshonra ni castigo: no es otra cosa que la reprobación pronunciada por la cámara respecto de ciertos actos ministeriales; y algunas veces un voto expreso de falta de confianza, o censura. lo único que esto significa es que la cámara y el ministerio no están de acuerdo.

“Esta responsabilidad, agrega, es hoy reclamada por la opinión pública. La razón es muy sencilla. Quitad la responsabilidad ministerial y la cámara es nada: no tiene ninguna influencia sobre la administración. Sin ella y a pesar de ella; se hace la paz y la guerra, se malgastan los recursos del país, se eluden las leyes. ¿Qué significación tienen los representantes a quienes no se oye, y que no pueden hacerse oír? Lo que hace la excelencia del régimen constitucional, es que el país y el gobierno están en comunicación por medio de las cámaras; nunca el príncipe es extraño a la nación, lo que a menudo sucede en las monarquías absolutas. En un Estado constitucional, la administración funciona con toda libertad y a la luz del día, los diputados dan sus consejos y aprecian los actos consumados. De esta manera, merced a mutuas concesiones se marcha de acuerdo. El gobierno es verdaderamente el órgano de la nación y es de aquí de dónde vienen a los países libres su fuerza y su grandeza.”

En ningún país existe más perfectamente practicado, este principio de la responsabilidad política, que en Inglaterra y con razón se ha definido el gobierno inglés: “un soberano que reina sobre un pueblo que se gobierna así mismo: ministros encargados de ejecutar en nombre de la corona, la voluntad de la nación expresada por el parlamento.”

La forma más grave en que puede hacerse efectiva esta responsabilidad política es el voto de censura. Benjamin Constant, partidario como es de la responsabilidad política, se declara sin embargo en contra de esta forma dura, con que quiere revestírsela. La juzga innecesaria, porque siendo indispensable en la monarquía constitucional, que el ministerio obre de acuerdo con la mayoría de la asamblea, ningún ministro podrá sostenerse si no cuenta con esa mayoría, siendo por lo mismo inútil la enunciación de un hecho, que se realiza sin necesidad de declararlo. El voto de censura se prodigaría demasiado, por lo mismo que pareciera menos severo que una acusación formal. Si la asamblea es facciosa y se teme que sea pródiga en las acusaciones, con mayor razón prodigará la censura, que no exige examen, no requiere pruebas y no es, en último resultado, sino un grito de venganza. Cree además que es un atentado contra la prerrogativa real, porque se le disputa la libertad de la elección, y que además hay en el voto de censura una inculpación a la corona.

186

No estamos de acuerdo con estas ideas. Si fueran aceptables, sería necesario condenar el principio de la responsabilidad política, pues cualquiera que sea la forma en que se haga efectiva, ya negando la aprobación a una ley necesaria, venida del ministerio; ya por una petición a la corona, o de otro modo, serían aplicables las mismas razones de B. Constant.

Las consideraciones que dejamos expuestas, son ineludibles en la monarquía constitucional, en donde siendo el monarca irresponsable y ejerciendo el cargo de por vida, no hay más medio que el de la responsabilidad política de los ministros, para poner en comunicación al Poder Ejecutivo con el país, e introducir en el gobierno el elemento necesario de la opinión pública. En las repúblicas, sino es indispensable en el mismo grado, es altamente ventajoso.

“Hoy, dice el mismo Laboulaye, se encuentra más de un inconveniente en el sistema de la responsabilidad exclusiva del presidente, y se comienza a hablar en América de la responsabilidad de los ministros. Se han apercibido de que, en la monarquía, con ministros responsables, que en cualquier momento la opinión puede separar y reemplazar con hombres que representen mejor al país, hay más

libertad y verdadera democracia, que, en América, donde una vez que un hombre es nombrado presidente, representa por 4 años la administración, sin que se pueda tocar a su poder. Es cierto que ha sido nombrado por una corriente política; pero al fin se sabe cuánto es mudable la opinión, y resulta de aquí, que un presidente puede durante cuatro años, gobernar solo, con su propio espíritu y sin ensanchar el querer del país.”

El derecho de interpelar a los ministros, se encuentra establecido en las constituciones, y su ejercicio es más o menos amplio en los parlamentos. La interpelación es sin duda un medio saludable, siempre que, respetando la independencia del Poder Ejecutivo y la dignidad del alto funcionario a quien se interpela, se emplea con el objetivo de obtener datos necesarios para la expedición de una ley, o para formular una sensación seria y desapasionada.

Para que el derecho de interpelar no se convierta en arma de pasiones políticas y aún de odios personales, conviene reglamentar su ejercicio, y con tal intento los publicistas han fijado las bases de esa reglamentación.

187

La interpelación no debe ser un derecho absoluto del representante. Convendría que la cámara lo concediese al representante, en atención a la importancia y necesidad del objeto. No siempre debe exigirse al ministro que se presente a la cámara a contestar de palabra, pues en muchos casos, bastará su respuesta escrita para obtener las explicaciones que se desea.

Cuando se juzgue indispensable su concurrencia, deberá señalarse en el oficio de invitación, los asuntos sobre los que va a ser interpelado. No siempre está obligado el ministro a contestar la interpelación. En muchos casos el buen éxito de una medida política, y principalmente las dirigidas a conservar las relaciones de amistad con las naciones extranjeras o la paz pública, exigen el secreto de lo que se proyecta.

En todo caso debe tenerse en cuenta que el interpelado no es el inferior a quien se amonesta o reprende, sino el representante de otro poder igual e independiente, a quien se pide datos para proceder con acierto en el desempeño de una función.

LECCION XX

SUMARIO: Ley: clasificaciones de las leyes: modo de dictarlas
- No retroactividad de las leyes: círculo de acción de ellas
- Derogación: respecto de que leyes son irrenunciables los derechos que conceden - Caracteres intrínsecos y externos de las leyes.

La ley es el mandato obligatorio emanado del Poder Legislativo, que ordena, prohíbe o permite algo.

Montesquieu ha definido las leyes, como las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas, y esta definición que no da idea alguna de las leyes positivas, no es aceptable respecto de las prescripciones de la justicia natural, porque así puede aplicarse a relaciones justas como a otras evidentemente injustas o indiferentes.

Puede hacerse de las leyes muy variadas clasificaciones, y por lo mismo nos limitaremos a señalar algunas.

- **Innovativas e interpretativas.**- Las primeras son las que ordenan, prohíben o permiten algo nuevo: interpretativas las que declaran el verdadero sentido de las leyes anteriores. La interpretación hecha por el Poder Legislativo, es obligatoria para todos y los tribunales tienen que conformar a ella sus resoluciones; al paso que, la que estos hacen, no es obligatoria ni aún para ellos mismos en casos idénticos. Las leyes interpretativas retrotraen sus efectos hasta el día de la ley interpretada, puesto que, en realidad, ella no introduce nada nuevo en esta, sino que explica su verdadero sentido, conforme al cual debe decidirse toda cuestión que cae bajo su imperio.

- **Leyes escritas y no escritas.**- Las segundas son las establecidas por la costumbre, que se considera con fuente del derecho positivo; o bien, en oposición también al derecho escrito, son aquellas que han sido gravadas por Dios en la conciencia de todos los hombres.

Leyes imperativas son las que mandan hacer algo; prohibitivas las que ordenan no hacer u omitir alguna cosa; y permisivas aquellas que autorizan para hacer algo cuya legitimidad es dudosa, o que establecen una excepción a una prohibición general.

Ley general es aquella que obliga a todos, en toda la extensión del territorio; local, la que impera sobre una parte del territorio, y personal la que se dicta para determinada clase de personas a quienes concede un beneficio.

Por la materia de que se ocupan se puede hacer de las leyes, la misma clasificación que se hace de los ramos de derecho.

190

La iniciativa es el acto de proponer a las cámaras legislativas la adopción de una ley. El derecho de iniciativa corresponde naturalmente a los miembros de las cámaras. Generalmente se concede el mismo derecho al Poder Ejecutivo, y aún al judicial en materia de legislación civil o penal. La reserva de la iniciativa a solo el Poder Ejecutivo, es atentatoria de la independencia del Poder Legislativo; así como privarlo de la iniciativa sería privarse de un concurso valioso para obtener buenas leyes.

La tramitación a que se sujeta la formación de las leyes, es materia del derecho positivo, que sin duda varía en cada país. Generalmente se adoptan los trámites de lectura y comisión de los que solo se dispensa a los proyectos de carácter urgente.

La orden del día, es el estado de los asuntos, que, tramitados debidamente, deben ser discutidos en el turno que les corresponde.

Las votaciones son públicas o privadas: los reglamentos determinan los casos en que por excepción pueden ser secretas.

Los proyectos aprobados en una cámara pasan a la otra para su revisión, en donde se observa idénticos trámites.

Sancionada la ley en ambas cámaras, se remite al ejecutivo para su promulgación y publicación. La promulgación es el mandato, o el acto del ejecutivo que ordena el cumplimiento de la ley; la publicación el modo de hacerla llegar al conocimiento de todos.

La ley no puede ser obedecida mientras no es conocida; y para presumir ese conocimiento, es necesario dejar correr el término de las distancias. En algunas partes, la ley es obligatoria sucesivamente en cada punto del territorio a medida que transcurren los términos de las distancias respectivas; en otros se deja correr el de la mayor distancia, para hacerla obligatoria en todo el territorio uniformemente.

Uno de los caracteres de la ley, es no regir sino para lo posterior, y por consiguiente, no retrotraer sus disposiciones sobre lo pasado para desconocer los actos consumados. Ya hemos dicho que la libertad del ciudadano consiste, en poder hacer todo lo que la ley no prohíbe, y omitir lo que no ordena, pero que esta libertad sería insuficiente, si una ley nueva pudiera desconocer la validez de esos actos, practicados con derecho, puesto que no estaban prohibidos, y destruir sus legítimos efectos. La inseguridad y la desconfianza reinarían en todo género de relaciones; ninguna garantía tendríamos de aprovechar de las ventajas que esperamos, al celebrar los contratos y practicar los demás actos de la vida civil, si la ley, volviendo sobre unos y otros, pudiera desconocerlos y destruirlos. “El legislador se introduciría por sorpresa bajo el techo de cada familia, para anular las convenciones cumplidas y para llevar la perturbación a todos los intereses. La retroactividad de las leyes, no sería sino un sistema de emboscadas y de expoliación.”

La no retroactividad de la ley, no significa que absolutamente estén fuera de sus disposiciones, todos los hechos, todos los actos anteriores a ella. Sobre este punto la doctrina del derecho es uniforme, y ella consagra el siguiente principio: la ley puede destruir las esperanzas, esto es aquello que aún no constituye un verdadero derecho, que no forma parte de nuestro patrimonio; pero los derechos adquiridos, deben ser inviolablemente respetados por ella. Esta regla la comprenderemos mejor, señalando los casos en que la ley puede regir actos que le son anteriores, sin que en ello haya injusticia.

El heredero instituido o legal, no tiene derecho alguno a los bienes del testador o del pariente mientras estos viven. Hay para el heredero una simple esperanza, con una expectativa que puede ser frustrada por el testador mismo, que hace un nuevo testamento, y que puede serlo también por la ley, que altere el orden de las sucesiones. La capacidad del testador y del heredero o legatario, la suma de los bienes de libre disposición, todo esto cae bajo el imperio de la ley nueva, es decir de la que rige en el momento en que se abre la sucesión.

Las leyes relativas al Estado o capacidad de las personas, deciden de la condición de los individuos, desde el momento en que se dictan, sin consideración a su estado anterior, y aun cuando ellas operen un cambio en ese estado, no hay sin embargo injusticia, ni aun siquiera hay verdadera retroacción. Así, si una ley nueva considera menores a los que no han cumplido veinticinco años, es indudable que deben ser reputados tales, los que no hayan llegado a esa edad, aun cuando por la ley anterior, que fijaba la mayoría a los veintiunos, hubiesen comenzado a gozar de los beneficios de la mayoría. Solo habría injusticia, porque entonces sería retroactiva la ley, si ella destruyese los actos consumados en el tiempo en que era mayor, el que después ha sido declarado menor de edad.

192

Todas las leyes relativas a la organización de los tribunales y al procedimiento, se aplican a todos los litigios que se inician después de ellas, y los existentes en el momento en que aquellas se expiden, continúan tramitándose conforme a las nuevas fórmulas.

En materia criminal, el principio riguroso sería, el de imponer al culpable en todo caso, la pena a que se hizo acreedor, que es sin duda la vigente en el momento que practicó el delito. Sin embargo, consideraciones de equidad muy racional y aún razones de orden social, han hecho imperar el principio de que, siempre que la ley cambie la pena después de la comisión del delito, se aplique al culpable la menos severa.

Belime termina estas ideas con una observación que no debemos dejar de apuntar. “Se ha confundido a menudo dos cuestiones distintas a saber: si la ley puede retrotraer, y si ella lo ha querido. Puede suceder

con frecuencia que, en un caso dado, la ley haya podido retrotraer sin injusticia, pero no se sigue necesariamente que tal haya sido la voluntad del legislador. Tomemos por ejemplo el caso, en que la forma de los testamentos haya sido cambiada. Como este acto, no está destinado a recibir sus efectos, sino a la muerte del testador, la ley podría mandar que se haga en la forma nueva, sin lastimar los derechos de nadie. Pero si ella no lo ha dicho, se presume que no lo ha querido, porque la forma, cosa accesoria, no está determinada en general sino por la ley del momento.”

La soberanía e independencia recíproca de los Estados, exige que cada uno tenga potestad para dictar leyes dentro de los límites de su territorio, y que esas leyes sean obedecidas por todos los que habitan en él. Según esto, parece indiscutible que las leyes extranjeras no pueden tener aplicación en ningún país. Sin embargo, razones de estricta justicia unas veces y de conveniencia común otras, reclaman que se establezca excepciones al rigor de aquel principio. Nace de aquí la teoría de los estatutos reales y personales de la que vamos a dar una breve idea.

193

Estatuto real, es el que impera únicamente dentro del territorio donde ha sido dictado; y personal el que acompaña a la persona de los nacionales, al lugar donde vayan. Son reales:

- 1° Las leyes penales y en general las de policía, referente a la conservación del orden y tranquilidad públicos. Todo el que ingresa al territorio y que alcanza así la protección de las leyes, débeles por reciprocidad respeto y obediencia, y contrae el empeño de no perturbar el orden establecido. Raro privilegio sería el que gozaran los extranjeros sobre los nacionales, de trastornar impunemente la tranquilidad pública.
- 2° Las leyes reales propiamente dichas, las cuales rigen todo lo relativo a los inmuebles situados en el territorio. Esto es una consecuencia precisa, del dominio que todo Estado tiene sobre su propio suelo. Las cargas, servidumbres, e impuestos que sobre ellos gravan, los modos de su transmisión en general, deben ser reglados por la ley local.

En cuanto a los bienes muebles cree Belime, que los que componen una herencia, deben ser transmitidos conforme a las leyes del país heredado, cuya voluntad se presume ser arreglada a ellas, y que respecto de los demás deben ser sometidos al régimen legal del lugar de su situación actual.

- 3° Las leyes relativas a los contratos, del lugar donde estos se celebran, son las que deben aplicarse en toda cuestión que sobre ellos se suscite, porque se supone naturalmente, que fue la voluntad de los contratantes al celebrarlos; a no ser que haya estipulación en contrario, y;
- 4° Las leyes del procedimiento y las relativas a las formas de los actos. La aplicación de la ley local, es universalmente aceptada en esta materia.

Los estatutos o leyes personales son:

194

- 1° Los que rigen el Estado y la capacidad de las personas. Según esto un individuo que es capaz a cierta edad según las leyes de su país, contratará válidamente, aún en un país extranjero donde la mayoría legal, se fija a una edad más avanzada.

El estado matrimonial, no podrá desaparecer, respecto de un individuo, que en su país no podría alcanzar el divorcio, aun cuando lo solicitó en otro, en donde este se halla establecido por la ley.

- 2° Regirán así mismo las leyes locales, sobre contratos pasados en el extranjero, cuando los contratantes se hayan referido a ellas expresa o tácitamente.

Las leyes pueden ser derogadas, o por una ley posterior o por el desuso.

La ley posterior puede disponer de un modo expreso la derogación del anterior, o de un modo tácito, por la incompatibilidad que exista entre las disposiciones de ambas.

Este segundo modo de derogar la ley, puede ofrecer en determinados casos, dudas fundadas, porque puede haberlas respecto de si existe o no incompatibilidad efectiva entre la ley antigua y la nueva.

Generalmente se establecen las siguientes reglas para resolver la dificultad.

Una ley especial no deroga en la ley general anterior, sino aquellas disposiciones a las cuales es contraria.

Una ley general posterior no deroga ordinariamente la ley especial, sino en tanto que haya incompatibilidad manifiesta entre sus disposiciones. Por el contrario, una ley general, deroga tácitamente la ley general anterior, aunque hay en ambas, disposiciones que puedan coexistir.

El desuso es el segundo modo de derogar la ley. El supone, la voluntad del legislador de que no subsista una ley, cuya inobservancia ha tolerado por algún tiempo.

“El principio contrario, encadena el porvenir con poca prudencia. ¿Qué garantía existe, de que el soberano derogará con exactitud, las leyes que se han hecho inútiles, peligrosas tal vez? Podría dejarlas en la sombra, precisamente porque no tienen aplicación, y se vendría más tarde, después de un ciclo, a despertarlas de su letargo, bajo pretexto de falta de abrogación.

195

Se cita el ejemplo de la Inglaterra. No veo nada de seductor, en un principio en virtud del cual, Los jueces se ven obligados a reabrir la arena del combate judicial en pleno siglo XIX.

He aquí precisamente uno de los inconvenientes, a los cuales se escapará por la regla del desuso, regla que, desconocida desde los tiempos antiguos, no parecía haber suscitado reclamaciones en la práctica.

El desuso es la muerte de las leyes; pero la muerte solo es inherente a las cosas humanas. En cuanto a las leyes naturales, tienen más alto origen. Inmutables como Dios que las ha promulgado, el desuso no puede ni transformarlas ni abrogarlas.

Así, aun cuando en un Estado, presa de la anarquía, el asesinato o el pillaje estuvieran en uso, sin que se hubiese querido, o se hubiese podido reprimirlos, no se seguiría de aquí que, desde el momento en que el poder recuperase alguna fuerza, los tribunales, pudiesen rehusar la aplicación de las leyes antiguas y dejar impune los crímenes”.

Aun cuando en la legislación se establezca, que las leyes no se derogan por el desuso, tal disposición será siempre vana, porque no dependen de la autoridad del legislador ni de la de los jueces, las opiniones, las costumbres y las circunstancias de los tiempos. “Pero es preciso, observa Escriche, que el desuso sea notorio y que su uso debiera ser contrario a las costumbres sin, cuya circunstancia, debe la ley conservar su autoridad y ejercer todo su imperio.”

Hay leyes, respecto de las cuales se puede renunciar el derecho o beneficio que conceden, y otras en las que no cabe tal renuncia. Son de esta especie las que se refieren al orden público, a la mortalidad de las acciones, las que garantizan los intereses de terceras personas, y las que protegen los derechos de los individuos, en razón de su edad, sexo u otra circunstancia de carácter general.

La teoría de las leyes puede resumirse toda, estableciendo los caracteres internos, y sus condiciones externas. En cuanto a los primeros, diremos que las leyes deben ser justas, iguales o generales, permanentes y no tener efecto retroactivo.

196

La justicia de la ley o sea su conformidad con los principios del derecho, derivados de la naturaleza individual y social del hombre, no puede ser materia de discusiones. El objeto de la ley, es traducir los preceptos del derecho. Son estos los que dan autoridad a sus mandatos, y por lo mismo no pueden ser desatendidos. Pueden las leyes consultar las necesidades reales, los intereses prácticos de los pueblos, pero, la sabiduría del legislador se ejercita precisamente, en conciliar esas necesidades y estos intereses con la justicia intrínseca que jamás puede ser hollada

La igualdad en la ley consiste, como ya lo hemos manifestado, en que ella de a todos las mismas garantías e idéntica protección, que imponga las mismas restricciones a todos, y que respete los resultados que cada cual alcanza, según sus fuerzas y sus obras. Las diferencias que las leyes deben establecer y establecen, por razón de edad, capacidad, estado, profesión, sexo &^a están basadas, no en consideraciones personales, que introducirían la desigualdad y la injusticia, sino en consideración de las cosas y de los hechos naturales ineludibles.

La permanencia de la ley, resulta así mismo de que ella debe considerar las acciones y los hechos, Y por consiguiente durar tanto cuanto lo exigen las necesidades que satisface. Las reformas y los cambios, deben ser determinados por las alteraciones que experimentan aquellas.

La no retroactividad de la ley, ha sido ya estudiada.

Las condiciones externas son, que la ley debe ser expedida por la autoridad que ha recibido la misión de dictarla, y con las formalidades y trámites establecidos por ellas mismas: que debe llevar una sanción, esto es, o una pena expresamente impuesta o la pérdida del beneficio o provecho, que de su obediencia resultaría: que debe ser promulgada y publicada, y finalmente, que su estilo debe ser breve, y claro.

LECCION XXI

SUMARIO: Unidad del Poder Ejecutivo: duración del cargo: reelección: vicepresidente - Atribuciones del Ejecutivo en el orden legislativo: iniciativa: veto: disolución de las cámaras - Atribuciones ejecutivas propiamente dichas.

La unidad es la primera condición de la organización del Poder Ejecutivo. Los trabajos necesarios para la formación de las leyes, la discusión, la deliberación, exigen el concurso de diversas inteligencias, porque son muy variados los intereses públicos, diversos también los aspectos bajo los cuales deben ser estudiados y protegidos, y hay así necesidad de distintos conocimientos y de apreciaciones distintas, que no pueden hallarse en una sola inteligencia. Pero dictada la ley, la obra de ejecutarla enseguida, exige unidad de voluntad y de acción, para hacerla obedecer sin dilaciones ni excusas, y esto no se conseguiría si varias voluntades y distintos criterios, tuvieran que luchar y ponerse de acuerdo para llegar al propósito de la ejecución. Discutir y acertar sobre lo mejor debe ser la obra de muchos; querer y proceder es la tarea de uno solo.

En las tareas de la ejecución y la política, es indispensable un plan fijo, un propósito uniforme, constante y rápido, y ninguno de estos atributos es posible, en donde la diversidad de opiniones respecto de cada medida, rompe esa unidad de plan, y donde la necesidad de la discusión trae dilaciones que comprometen el éxito.

Dividiendo la responsabilidad, que pesa sobre el encargado de las funciones ejecutivas, disminuye el celo en el cumplimiento del deber, porque no es uno solo el que lleva sobre sí la responsabilidad de las medidas. En la generalidad de las resoluciones, uno acepta sin examen

lo que otro resuelve, y de aquí nace, en primer lugar, el desorden, y en segundo la falta de interés por lo que no es obra propia. “La ausencia de responsabilidad, en el comité de salud pública, dice Laboulaye, produjo una perversión, que no he podido comprender. Por mucho que sea el respeto que me inspiran los servicios militares y la integridad de Carnot, no he podido jamás comprender, cómo un hombre firma durante un año, listas diarias que envían hombres a la muerte, sin creerse responsable por ello, pues tales listas, dice él, no las leía, las firmaba en confianza. Estaba convenido con los otros colegas encargados del gobierno, que estos no se ocuparían de las cuestiones militares y firmarían todo lo que propusiera Carnot, y que Carnot por su parte firmaría todo lo que le propusieran sus colegas. Es evidente que, si hubiese sido él solo, jefe del Poder Ejecutivo, habría examinado las listas, antes de enviar a la muerte, a una multitud de hombres honrados, sin saberlo, pero sin dejar de ser responsable de ello.

200

Supuesta la alternabilidad del jefe del Poder Ejecutivo, que es lo que distingue la república de la monarquía, el punto difícil de fijar es la duración del presidente. No es esta una cuestión simplemente teórica; la vida real de cada país, deberá ser atendida para resolver acertadamente esta cuestión. Pero es indispensable, por una parte, que el periodo de un presidente no sea tan breve, que no le deje el tiempo necesario, para llevar a término la implantación de su política, y le haga conocer el efecto de sus medidas, ni tan dilatado, que rompa el vínculo de unión del presidente con el país, haciéndose extraño a la opinión y tomando al puesto un apego peligroso. Una muy larga duración, traería los inconvenientes de la monarquía sin traer sus ventajas, y un periodo muy breve, impediría los resultados provechosos de la forma republicana y traería los inconvenientes y peligros de la inestabilidad, de las agitaciones constantes, en una palabra, de la anarquía.

La reelección del presidente es un punto también sujeto a discusiones. La reelección permite al país, premiar el mérito de un presidente, que ha desempeñado acertadamente el cargo que se le confirió, y alcanzar las ventajas de una administración ya probada, lo que sin duda es preferible, a exponerse a los males de otra nueva y por lo mismo desconocida. Pero al lado de estas ventajas, la reelección ofrece el

inconveniente gravísimo, de dar lugar a que el presidente se preocupe más de su reelección que de los intereses del país. El propósito halagador y egoísta de la reelección, puede sobreponerse en el espíritu del presidente, a los intereses públicos, que reclaman toda la atención, todo el celo del ejecutivo.

La no reelección ha dominado en los Espíritus, y en la República Americana, los presidentes desde Washington, la han establecido como práctica constitucional, respecto de una tercera elección, y desde Harrison en 1841, que creía un defecto de la Constitución la reelección, esta no ha tenido lugar salvo la de Lincoln, que se verificó por la gravedad de las circunstancias de la guerra civil.

Para los casos de muerte o incapacidad del presidente, debe haber un vicepresidente y si se cree necesario, un segundo vicepresidente. El vicepresidente no toma parte en el gobierno, es un verdadero suplente, que solo funciona en defecto del presidente.

201

Las condiciones de elegibilidad en el presidente, lo mismo que en el vicepresidente, deben ser la edad, la nacionalidad por nacimiento y la residencia durante largo tiempo en el territorio.

Al ocuparnos de las atribuciones del Poder Ejecutivo deben llamar en primer lugar nuestra atención, las que se relacionan con la formación de las leyes, esto es, aquellas en virtud de las cuales, el Poder Ejecutivo tiene participación en la autoridad legislativa. Este estudio nos dará ideas más completas, acerca de las relaciones que entre ambos poderes deben existir.

No es raro encontrar constituciones, en las que el derecho de iniciativa se confiere exclusivamente al ejecutivo. Es incuestionable, que a este poder debe reconocérsele la iniciativa. El manejo de los intereses sociales le hace conocer las necesidades del país, en el orden material y moral: él dispone de los medios de investigación y de estudio, respecto de todos los intereses, y comprende el presente y el porvenir del país. Pero si estas razones, hacen indispensable que el ejecutivo ejerza la iniciativa, no son bastantes para armarlo de ese exclusivo derecho. El Poder Legislativo estaría todo en manos del ejecutivo, si sólo pudiera dictarse las leyes que este propone, y no habría garantía

alguna contra la manera deficiente como pudiera ejercitar la iniciativa, sobre todo, respecto de las leyes necesarias, pero que disminuyen en autoridad, o contrarían sus propósitos Y aún sus intereses.

Otra atribución importantísima es en este orden, el derecho de veto.

Las leyes como obra de los hombres, pueden ser erróneas o inspiradas por la pasión. Con ellas, puede violarse la Constitución, lastimarse los derechos de los individuos, o los derechos o intereses nacionales, infringirse las estipulaciones internacionales, o finalmente pueden ser de imposible ejecución. Para estos males posibles, es indispensable un correctivo: un medio por el cual se ponga límite a la autoridad legislativa, cuando procede con pasión, o se le haga conocer el error que la ley envuelve, y que la deliberación no ha puesto de manifiesto. Este correctivo, que es en sí una función conservadora, porque es la facultad de oponerse a la ejecución de una ley injusta, inconstitucional o peligrosa, es decir la facultad de contener al Poder Legislativo dentro de la esfera legal de sus atribuciones, puede ser más o menos absoluto. Si es tal que puede impedir del todo la ejecución de la ley, es el veto absoluto: si se limita a objetar la ley y provocar una nueva discusión en las asambleas, cuya resolución debe ser cumplida, es el veto suspensivo.

202

El veto absoluto, concedido al monarca, es casi una necesidad en las monarquías, “un poder obligado, dice Constant, a prestar su apoyo a la ley que desaprueba, queda desnudo de fuerza y de consideración. De fuerza porque sus agentes lo desobedecen, seguros de no desagradarle, contrariando órdenes que no están de acuerdo con su voluntad; de consideración, porque no la inspira, quién emplea su autoridad apoyando medidas que su juicio y su conciencia condenan. Ningún poder ejecuta con celo una ley que desaprueba. Cada obstáculo, es para él un secreto triunfo. No es natural en el hombre hacer esfuerzos para vencer una resistencia que está en favor de su opinión. Impedir a los hombres la acción es muy difícil, compelerlos a hacer es imposible. Esta verdad es aún aplicable a los individuos que no ejercen ningún poder. Con mayor razón se aplica a los depositarios de una gran autoridad”

Estas consideraciones son en efecto de gran fuerza, en las monarquías, donde las opiniones del monarca permanente, pueden muy fácilmente estar en oposición con las de las asambleas electivas. No hay en las monarquías ningún elemento natural y constante de unión, entre las opiniones personales del rey, y las de las asambleas que son las del país. Y dada esa disconformidad no es posible, al menos no es conforme a la razón, obligar al monarca a ejecutar, y a ejecutar con celo leyes que su conciencia rechaza. Todo esfuerzo empleado por él para la ejecución de la ley, es rechazado por sus opiniones, es esfuerzo mentido, o nada sincero. Los obstáculos que encuentra le halagan, la desobediencia no le irrita, y aún el resultado de la ley, tal vez dañoso para el país, es su triunfo. No puede pues darse una posición más falsa, más difícil y aún más indigna que la del monarca obligado a obrar contra su conciencia.

En las repúblicas, no existen las razones que hacen necesario el veto absoluto en las monarquías. Allí el jefe del Estado es alternable; regularmente su elección y la de los representantes, son el resultado de las mismas opiniones, de la preponderancia del mismo partido: los vínculos de unión con las asambleas, no se rompen fácilmente y todo esto hace muy difícil o improbable, una abierta discordancia respecto de una ley.

No obstante, no es imposible que esa discordancia se presente, algunas veces sobre detalles, muy pocas sobre el fondo mismo de la ley. De aquí la necesidad de algo semejante al veto, y es la Facultad de objetar la ley, obligar a que se reabra la discusión, y a que la insistencia, si la hay, esté rodeada de más eficaces garantías de sinceridad y acierto.

El veto suspensivo, es no solo un freno contra los avances del Poder Legislativo, y sus tendencias absorbentes respecto del ejecutivo, sino un medio de evitar la gran multiplicidad de las leyes. “Se puede afirmar, dice el mismo Constant, que la multiplicidad de las leyes, es la enfermedad de los Estados representativos, porque en ellos, todo se hace por las leyes, mientras que la ausencia de leyes es la enfermedad de las monarquías, porque en estas todo se hace por los hombres. Los legisladores se dividen la existencia humana, por derecho de conquista, como los generales de Alejandro se dividían el mundo.”

Pero el veto suspensivo, que Constant cree que es una verdadera burla, debe producir efectos positivos y eficaces, para no ser lo que se le llama. Así, presentadas a la cámara las objeciones del ejecutivo, estas deben ser estudiadas con calma, y desprendiéndose, ésta del amor propio de autor. La insistencia debe reunir en ambas cámaras, lo menos dos tercios de votos, y la votación debe ser pública. Aún estas medidas, dejarían sin eficacia el remedio del veto, si solo existiese una asamblea, y aún sí existiendo dos cámaras, no hubiera en la de senadores, además de la mayor reflexión y madurez, que se ha tratado de consultar en ella, por los diversos elementos de su composición, no hubiera decimos en suficiente grado, el espíritu de conciliación, que hace de ella un elemento de unión y de armonía entre la Cámara Baja y el ejecutivo. Perfectos ejemplos de este espíritu, son el Senado Americano y la Cámara de los Loes en Inglaterra. “Son muy raras las insistencias, dice Laboulaye, porque hay un cuerpo político que se llama el Senado, y que naturalmente, en semejante caso, ve algo más que la ley: ve el interés de la concordia y de la paz. De ordinario, deja caer la ley, y la remite así al año siguiente, de modo que se puede conocer la opinión; la Cámara de Representantes se renueva cada dos años, y el deseo del país es fácilmente conocido.”

204

“En Inglaterra el rey tiene el veto absoluto: pero no se sirve de él desde hace dos siglos, y es probable que no lo emplee nunca. Cuando hay oposición entre el Ministerio y la cámara, el ministerio la disuelve, pero para evitar este remedio extremo y ganar el tiempo necesario para la reflexión, el Ministerio apoyado por la Cámara de los Loes hace aplazar la ley. Esta cámara toma sobre sí esta responsabilidad. Se concilia así, la opinión pública y la autoridad ejecutiva.” Esto nos manifiesta que el veto absoluto, ha tomado en Inglaterra los caracteres del veto suspensivo americano.

Otra de las atribuciones que en el orden legislativo corresponden al monarca, es la de disolver las dos cámaras o una de ellas, convocando dentro de un corto plazo a nuevas elecciones. Esta facultad es indispensable en las monarquías, donde como lo hemos dicho ya, la perpetuidad del príncipe, haría difícil en ciertos casos, la uniformidad de opiniones y la armonía de relaciones entre ambos poderes. Cuando esa lucha se presenta, se cree que el camino más natural y más corto,

es apelar al pueblo, que con la nueva elección se decide en favor de la corona, si las cámaras resultan renovadas, o en favor de estas, si hay reelección. La disolución se verifica también, cuando aún sin haber hostilidad de las cámaras respecto del ejecutivo, juzga este que un momento dado, es más favorable para las elecciones, que deberán practicarse próximamente.

La tendencia natural del gobierno monárquico es a la preponderancia del poder real, como en las democracias existe esa tendencia en las asambleas. Se quiere en las monarquías, poner a la acción legislativa limitaciones más efectivas, que las que existen respecto del Poder Ejecutivo, y, además, en ella, como ya lo hemos dicho, el monarca es el verdadero poder conservador. De aquí la necesidad de armar al príncipe con el veto absoluto, para los casos aislados en que juzga que las asambleas se extralimitan al expedir una ley; y la facultad de disolverlas, para los casos en que cree que hay de parte de estas, un espíritu permanente de hostilidad contra la corona, o que la opinión del país no es debidamente atendida por ellas.

En las repúblicas democráticas no existen ni son aceptables tales consideraciones. Elegido por el pueblo el jefe del Poder Ejecutivo, al mismo tiempo y bajo la influencia de la misma opinión, que las cámaras, no es de temerse el divorcio entre ambos poderes y caso de presentarse, el corto periodo de la duración del presidente le pondría pronto remedio. En las repúblicas, además, no es el presidente tal poder conservador; no hay el propósito de investirlo de esas facultades que dan verdadera supremacía al monarca, sobre todos los demás poderes. El presidente no tiene en su carácter de tal, ninguna autoridad, ninguna función propia; solo le corresponden las inherentes al Poder Ejecutivo del que es jefe responsable. Es por esto, que no es aceptable la facultad de disolver las cámaras como no lo es el veto absoluto.

Las únicas atribuciones de este orden compatibles con el régimen republicano son: la iniciativa concedida al Poder Ejecutivo; el derecho de discusión en las asambleas que se reconoce a los ministros cuando lo crean conveniente; el veto suspensivo, y la facultad de prorrogar las sesiones legislativas y de convocar extraordinariamente a las asambleas cuando los intereses públicos le exigen.

Entre las atribuciones que corresponden al Poder Ejecutivo, inherentes a la naturaleza de este, la primera que debe llamar nuestra atención por ser la más general, que puede decirse que las comprende todas, es la de expedir decretos, reglamentos, instrucciones, &^a para el mejor cumplimiento de la ley. La ley no puede descender a todos los detalles, prever todas las dificultades, remover todos los obstáculos, señalar todos los medios de ejecución, en una palabra, entre la ley, y su ejecución, queda un vasto campo de acción al Poder Ejecutivo, que, por su misión de ejecutor de la ley, debe completarla respecto de sus pormenores, y determinar en general el modo de cumplirla. No podemos tratar aquí de establecer las diferencias que existen entre lo que es materia de la ley, y lo que lo es de los reglamentos y decretos administrativos, y nos limitaremos a indicar; que, en virtud de estos, el Poder Ejecutivo no puede suspender las leyes, ni dispensar de su ejecución: que los reglamentos decretos &^a tienen por único objeto la ejecución de las leyes, dentro de los límites que trazan ellas mismas; y por consiguiente no pueden ser ni contrarios a ellas, ni sobrepasarlas; deben ser necesarios para la ejecución de las leyes, y no invadir materias reservadas al legislador o de las que la ley no trata.

206

Al Poder Ejecutivo corresponde organizar y mandar las fuerzas de mar y tierra;

Conservar el orden interior del Estado y atender a su seguridad exterior;

Nombrar y remover a los ministros y a los empleados de los diversos ramos administrativos;

Dirigir las negociaciones diplomáticas, recibiendo y acreditando a los agentes diplomáticos y consulares, celebrando los tratados, que deben ser ratificados por el Poder Legislativo;

Y las demás que la constitución de cada Estado le acuerde.

LECCION XXII

SUMARIO: Ministros: Consejo de Ministros: funcionarios subalternos - Administraciones consultiva y contenciosa - Responsabilidad ministerial: qué hechos comprende - Imposibilidad para formar una ley sobre la materia: quien juzga a los ministros: penas: responsabilidad del presidente en las repúblicas.

El jefe del Poder Ejecutivo, no puede atender por sí solo a todos los intereses que le están encomendando: necesita de auxiliares inmediatos depositarios de su confianza que él nombra y a quienes puede destituir, intérpretes de su pensamiento, que le presten su concurso de inteligencia y de acción. La preparación y el estudio de los asuntos que corresponden a los diferentes ramos de la administración, el cuidado y la vigilancia sobre los empleados inferiores de ella, la revisión de los actos de esos empleados, y todo lo concerniente al cumplimiento de los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo, hacen indispensable la existencia de los ministros, que son esos auxiliares inmediatos, jefes administrativos en cada ramo, y que comparten con el jefe del Estado, la tarea del gobierno y la responsabilidad de sus medidas.

Lo más notable en la institución de los ministros, es la necesidad de que todo acto del jefe del Estado, sea autorizado por el ministro responsable. En las monarquías esa indispensable autorización, es el único límite al poder del monarca permanente e irresponsable; en las repúblicas, es una eficaz garantía de justicia y de acierto en los actos del ejecutivo.

Los ministros tienen autoridad propia en todo lo relativo al cumplimiento de las resoluciones del ejecutivo, en sus respectivos ramos.

La tienen también como jefes de las oficinas de cada ramo, en lo relativo al orden y regularidad de sus funciones, y al cumplimiento de los deberes de los empleados que a ellas pertenecen. Se entienden con las autoridades políticas de las diversas divisiones territoriales, y con los otros poderes públicos en nombre del jefe del Estado.

El orden en la marcha administrativa, y los provechosos resultados de la división del trabajo aplicado a las funciones del gobierno, hacen necesaria la separación de los ministerios, según lo exija la diversidad de los grandes ramos de la administración. No es posible establecer una división teórica de los ministerios: esta depende del grado de desarrollo de los intereses de la administración en cada país. El gobierno interior, esto es el orden público, o la alta policía de seguridad; las relaciones con el Poder Judicial, la iglesia y la instrucción; el manejo de la hacienda pública; los intereses materiales de la industria; el comercio y las obras nacionales; la dirección de los ejércitos de mar y tierra; y finalmente las relaciones exteriores, son en general esos grandes intereses, que determinan la necesidad de los ministerios.

208

Los ministros reunidos forman el gabinete o Consejo de Ministros. La necesidad de consultar el acierto en algunos actos de la administración, sobre todo en los que se presentan con cierto grado de importancia y gravedad, y la de dar unidad a las resoluciones gubernamentales, mediante el acuerdo acerca de los propósitos y del giro de la política, hace necesaria la existencia del Consejo de Ministros.

La acción del Poder Ejecutivo, debe extenderse sobre todo el territorio, y para ello es indispensable que existan funcionarios subordinados de ese poder, que gobiernen el territorio sometido a su autoridad, conforme a las disposiciones e instrucciones del poder central. Estos funcionarios forman la jerarquía administrativa. El primer término lo ocupan el poder central y los ministros; siguen las autoridades colocadas al frente de las grandes divisiones territoriales; en tercer término, las de las subdivisiones de las superiores y así hasta el último funcionario de cada grado. El funcionario de cada grado está inmediatamente subordinado al del grado superior.

La subordinación jerárquica es absolutamente indispensable, pues de otro modo, no podría el Poder Ejecutivo hacerse obedecer y desempeñar sus funciones. Queda al funcionario el medio de dimitir el puesto, cuando su conciencia rechace algún mandato del superior.

El nombramiento y la destitución de estos funcionarios, corresponde al Poder Ejecutivo, pues sería absurdo y aún inicuo, imponer responsabilidad al jefe del Poder Ejecutivo y a sus ministros por los actos de autoridades a quienes no pueden separar a pesar de su ineptitud o desobediencia.

Los actos de las autoridades administrativas, pueden y deben ser revisadas por las autoridades superiores. Así el poder central, puede reformar los actos de los prefectos, que lastimen los intereses generales o los derechos de los individuos; los prefectos pueden hacerlo respecto de las autoridades inmediatamente inferiores y así respecto de las demás. Y cuando una autoridad, incurra en responsabilidad criminal en el ejercicio de sus funciones, las superiores deben disponer lo necesario para su castigo.

209

Los consejos consultivos, esto es los cuerpos de hombres ilustrados y experimentados en los negocios públicos, que, colocados cerca de la administración activa, la auxilian con su dictamen en los asuntos que requieren ilustración es de indispensable necesidad.

El ministro en cada ramo no puede disponer ni del tiempo necesario, ni de la vasta instrucción y experiencia que reclaman las graves cuestiones de la administración. Es necesario un cuerpo, hasta cierto punto facultativo, al cual puede ocurrir el ministro en demanda de consejo, y de cuyo dictamen no pueda prescindir en ciertos casos, aunque no esté el ejecutivo obligado a seguirlo.

Es necesario por otra parte impedir, que los cambios ministeriales más o menos frecuentes trastornen profundamente la marcha administrativa del Estado, y esta estabilidad necesaria en lo sustancial de los negocios públicos, solo puede conseguirse existiendo un cuerpo permanente, que ejerza influencia inmediata y directa en los actos administrativos.

El Consejo de Estado, es el cuerpo consultivo que está colocado cerca del poder central. Puede haber también en los países en que el desarrollo de los intereses así lo requiera, consejos o juntas departamentales cerca de las autoridades de departamento.

Las leyes positivas deben determinar los casos en que no se pueda prescindir de ese dictamen. Generalmente el Poder Ejecutivo debe oír al Consejo de Estado, respecto de los proyectos de ley que somete a las cámaras, y cuando observa las sancionadas por estas; respecto de los tratados internacionales, de las medidas que comprometen la hacienda pública y otras de igualdad gravedad.

En cuanto al origen del Consejo, o sea al nombramiento de sus miembros debe escogerse el medio que concilie del mejor modo posible la independencia del cuerpo, con la confianza que en él debe tener el ejecutivo. Las condiciones de elegibilidad deberán ser aquellas, que produzcan el resultado de llevar al Consejo verdaderas ilustraciones respecto de los asuntos públicos.

210

Además de la administración consultiva, debe existir la contenciosa, que juzga las cuestiones de interés privado que se ligan a la acción de la administración activa. “Lo contencioso administrativo se compone de todas las reclamaciones fundadas, en la violación de las obligaciones impuestas a la administración por las leyes y reglamentos que la rigen, o por los contratos que ella celebra. Nace del ejercicio del Poder Ejecutivo que se roza con el derecho adquirido. Si el acto administrativo no hiere sino los intereses, siendo las reclamaciones puramente administrativas, no están sometidas a la jurisdicción contenciosa. Los tribunales administrativos, son las autoridades colectivas o individuales, encargadas por la ley de estatuir sobre lo contencioso de la administración. La jurisdicción administrativa no es un desmembramiento de la jurisdicción judicial; ella tiene un origen, una naturaleza y una existencia perfectamente distintas e independientes; presenta una organización completa y ejerce atribuciones que le son exclusivamente propias.”

La grave dificultad que se presenta respecto de los tribunales administrativos, es la de darles la organización necesaria y conveniente, para que ofrezcan garantías de independencia respecto del Poder

Ejecutivo, que es siempre una de las partes sometidas a su jurisdicción. Se comprende a primera vista, que si los jueces en esta materia, son nombrados exclusivamente por el ejecutivo y si además tiene en la facultad de removerlos, esa independencia no existiría. Toca al derecho administrativo resolver esta dificultad, y en general, ocuparse extensamente de esta institución.

La responsabilidad ministerial, tiene en las monarquías una importancia especial. El rey es inviolable, y si esta inviolabilidad no estuviese limitada por la responsabilidad de los ministros, sin cuya autorización ningún acto es válido, el poder del monarca sería absoluto. Cuando el ministro libre como es para aceptar y conservar el puesto, conviene en autorizar un acto violatorio de la Constitución o que daña los intereses públicos debe responder de su delito. Es tanto más necesaria esta responsabilidad, cuánto que ninguna arbitrariedad es más fácil ni más peligrosa que la del Poder Ejecutivo.

211

La responsabilidad de que aquí hablamos es la criminal propiamente dicha, esto es aquella que nace de hechos verdaderamente punibles. Hay notable diferencia entre ella y la responsabilidad política, de que nos ocupamos al hablar de las cámaras legislativas, en virtud de la cual estas retiran su concurso al ministro que no corresponde a la confianza pública, que no se halla a la altura de su puesto, y que produce el efecto natural del retiro del ministro.

¿Pero cuáles son los hechos que dan lugar a la responsabilidad ministerial propiamente dicha? B. Constant ha determinado con notable acierto los límites de la responsabilidad ministerial. Los actos ilegales, es decir aquellos que significan usurpación y ejercicio de un poder que la ley no confiere al ministro, no son la materia de esa responsabilidad. Lo son aquellos que importan un abuso del poder que la ley le confiere y los actos que la ley autoriza.

Según esto, un delito privado, como un homicidio, una calumnia, un rapto, que no son abusos del poder ministerial no salen de la jurisdicción ordinaria de los tribunales, que castigarán al hombre independientemente de su carácter de ministros en la forma común. Así mismo, un delito contra los intereses públicos como un robo de fondos

fiscales un acto de traición a la patria, y otros que, tampoco son abuso del poder legal, sino que están fuera de ese poder, se juzgarán y castigarán en la forma y por la jurisdicción comunes. Pero, “si un ministro de la guerra, encargado de defender una frontera, envía al ejército en dirección opuesta, o no da ninguna orden para que se defienda el punto amenazado, es culpable como si hubiese dado al enemigo las llaves de una fortaleza”. Este y los casos de igual carácter, son los que constituyen la responsabilidad ministerial.

Esta distinción entre los actos criminales que están fuera del poder legal del ministro, y aquellos que son abusos de ese poder, es la que funda realmente de un modo teórico la responsabilidad ministerial, pero en la práctica se presentan graves dificultades, para limitar a la segunda especie de hechos la responsabilidad de los ministros. En muchos casos entran de tal modo en la comisión del delito, la condición especial del ministro, los medios de que dispone, los datos que posee, que aun cuando el hecho en sí mismo, esté fuera de su poder legal, y sea un delito que cualquier particular podría cometer, casi no es posible separar del hecho esa situación especial del ministro culpable. Esta dificultad ha inspirado a Rossi la idea aceptable sin duda, de reducir a dos especies todos los actos punibles que puede cometer el ministro: los unos son los delitos privados; los otros todos los que puede practicar contra los intereses públicos. Los primeros no salen de la competencia de los tribunales ordinarios; los segundos dan lugar a la responsabilidad ministerial.

212

Cómo vemos, puede determinarse el carácter general de los hechos que constituyen la responsabilidad ministerial; pero no existe la misma posibilidad para enumerar en una ley, todos los delitos en que un ministro puede incurrir. “Si cada una de las diversas maneras, dice Constant, como un ministro puede abusar de su poder legal, debiera ser indicada y especificada por una ley, el código de la responsabilidad sería un tratado de historia de política, y aun así sus disposiciones solo comprenderían el pasado. Los ministros encontrarían fácilmente medios nuevos para eludirlas en el porvenir”. “La posición del ministro, dice Rossi, es una cosa muy especial. El crimen ministerial, salvo aquellos hechos que son casi inconcebibles, es un hecho complejo. Es una reunión de actos, que tomados aisladamente nada significan. Es un

crimen constructivo como dicen los ingleses, es decir un crimen que resulta de un conjunto de cosas, de actos, de tendencias, de direcciones, y he aquí porque la persecución de un ministro, será siempre un acto esencialmente político, porque demanda una apreciación política de su vida ministerial. ahora bien, ¿cómo hacer leyes sobre semejante material?”

Esta imposibilidad efectiva, de enumerar en una ley los actos que traen consigo la responsabilidad ministerial, ha colocado a los legisladores en la necesidad de agruparlos con más o menos inexactitud y vaguedad, en grupos generales.

Los actos de traición, prevaricación y concusión, se ha dicho, son los que traen la responsabilidad de los ministros. La traición cabe cuando por órdenes, actos, omisiones, planes, se atenta contra la persona del rey, de la familia real, la carta constitucional, la seguridad interior o exterior del Estado. La concusión, cuando los ministros ordenan percepciones ilegales, malversan directa o indirectamente los fondos públicos, o abusan en provecho de un interés privado del poder que se les ha confiado. Hay prevaricación cuando fuera de los casos ya dichos, comprometen con conocimiento los intereses del Estado, por la violación o la inexecución de las leyes, o por el abuso del poder que le está encomendando. Ya se ve pues cuánta vaguedad hay en estas definiciones, y sobre todas en la última, en que apenas se emite la idea general de que la responsabilidad de los ministros, tiene lugar cuando deliberadamente abusan del poder legal que se les ha confiado.

Determinada en lo posible la responsabilidad ministerial, debemos averiguar, quién la hace efectiva y cómo se hace efectiva. Es práctica general la de encomendar a las cámaras la atribución de juzgar a los ministros. La Cámara de Diputados o de los comunes, sea cualquiera su nombre, es la que inicia la acusación, y la de senadores o alta cámara pronuncia el juicio. Se cree que no es dudosa la necesidad de conceder esta jurisdicción a la alta cámara, porque no se trata solo de un acto judicial, sino también político, y que para apreciar debidamente el hecho de que se acusa al ministro, es necesario conocer la tendencia política de su administración. No se trata casi nunca, de un acto evidentemente criminal; este caso no se presenta en el estado

actual de cosas, y es preciso “extraer el crimen Ministerial de un gran conjunto de elementos”. Hay así necesidad de que el hecho sea juzgado por un cuerpo político, y ninguno ofrece más eficaces garantías que la alta cámara “compuesta de hombres que, en su mayor parte, han llegado a esa época de la vida en que la violencia de las pasiones está amortiguada. Esta cámara ofrece pues al ministro una garantía que le es debida y que solo ella puede ofrecerle.”

“Es necesario el jurado, pero no bastan simples jurados (ciudadanos) cuando se trata de una responsabilidad, que envuelve los más grandes problemas políticos, que se refieren a los intereses a la vez los más vastos y los más secretos de la nación. La Cámara de los Pares, es pues por la independencia y la neutralidad que la caracterizan, el juez a propósito para todos los delitos ministeriales, que entran en la esfera de la responsabilidad”.

214

Se reclama no solo el derecho discrecional de la Cámara Alta para imponer la pena al ministro culpable, sino que, se exige la proscripción de toda pena grave. Se trata se dice de delitos que siempre presentan un aspecto eminentemente político, y respecto de esta clase de hechos, es casi imposible impedir la influencia de las pasiones. No se debe en tales condiciones recurrir a penas extremas, que no pocas veces serían injustas. El ministro que cae de tan alto puesto, desprestigiado, cubierto de odio y de desprecio, sufre un castigo que no recaen nunca sobre un particular. ¿Qué más se quiere? Si su caída es merecida, que viva para que experimente los sinsabores de su ruina; si es injusta, es preciso dejar la posibilidad de la reparación.

No podemos aceptar sin reservas, estas opiniones respecto de la jurisdicción exclusiva de las cámaras, para juzgar a los ministros, y de la suavidad de las penas. Estas opiniones están basadas en una confusión de ideas acerca de la naturaleza de los delitos ministeriales.

En muchos casos, en la generalidad de ellos tal vez, la falta o el abuso del poder legal del ministro, será eminentemente político. Se tratará de un daño ocasionado a los intereses públicos, por ignorancia negligencia culpable, arbitrariedad meditada si se quiere, pasión política, &^a pero no habrá un crimen de carácter grave, como traición

a la patria perfectamente calificada, usurpación de caudales públicos, coacción manifiesta del voto popular. Cuando la acusación no envuelva estos actos de criminalidad manifiesta, prevista y penada por la ley penal, nada más racional, sino que un cuerpo político de alta significación en las instituciones representativas, juzgue y castigue con penas moderadas, que a menudo será la destitución y raras veces el destierro, al ministro culpable; pero cuando además del lado político del hecho, se presenta un verdadero crimen, uno de esos crímenes para cuyo juzgamiento existen los tribunales de justicia o el jurado, no hay razón ni pretexto plausible, para arrancar al criminal de la jurisdicción común, favoreciéndolo con un privilegio que nada justifica. El crimen debe ser castigado por los mismos jueces, con las mismas formalidades y con idénticas penas sin consideración a las condiciones personales del criminal. Lo contrario es el privilegio que la igualdad civil condena, y el sistema de los tribunales de excepción, es el desconocimiento del principio tutelar de la división de los poderes.

Laboulaye al ocuparse de esta materia con arreglo a la Constitución de los Estados Americanos, dice lo siguiente: “Se adopta el procedimiento inglés, pero se encierra la competencia del senado en sus justos límites. A un tribunal político, no se atribuye sino una jurisdicción política. La constitución establece que, si un funcionario es enviado ante el senado por la Cámara de Diputados, el senado lo juzga, pero no puede pronunciar sino la pena de degradación. Puede decir “tal magistrado no lo será más,” y al mismo tiempo pronunciar contra él, la incapacidad para ocupar ninguna otra función pública sobre el territorio de los Estados Unidos. Pero si el acusado ha cometido un crimen que no es solamente político: si por ejemplo ha llamado al enemigo, una pena política sería muy suave para semejante atentado. En este caso la ley americana declara, que nada impide perseguir al culpable ante los tribunales ordinarios. El senado no decide sino una cosa y es que tal funcionario ha sido destituido por un mal proceder; lo demás no le concierne. Hay una separación completa entre el derecho común y el derecho político. Hay un tribunal especial para los hombres públicos; pero no hay tribunales de excepción. Es esta una innovación de las más notables en la constitución americana. Entre nosotros se ha organizado una gran corte política, a la cual se ha dado

atribuciones el derecho común, es un tribunal de excepción. Me diréis que la corte dará el brillante ejemplo de respeto a la ley, pero no por eso dejaré de ser juzgado por el Jurado de mi país, y según las formas y las garantías ordinarias. La sabiduría del legislativo no impedirá que haya leyes y jueces de excepción. Cuando, al contrario, se pone en libertad y la vida de los ciudadanos, bajo la salvaguardia del derecho común, cuando se establece que, en ningún caso, se puede sustraer a un hombre a la justicia ordinaria, se da una gran garantía a la libertad. Esa justicia política que toca al funcionario y no toca al hombre, es a mi juicio, muy digna de imitación.”

En las repúblicas la responsabilidad ministerial reposa, no en la necesidad de poner límite a la autoridad de un jefe del ejecutivo irresponsable; el ministro es responsable porque es un funcionario público que comparte con el presidente las funciones del gobierno y de la administración. Pero en las repúblicas es también personalmente responsable el presidente, y la teoría que acabamos de exponer es perfectamente aplicable a él.

Razones de conveniencia nacidas de las condiciones especiales de los pueblos, pueden hacer necesario que se limite a casos graves, los de acusación contra el presidente durante el corto periodo de su gobierno, limitación que no existirá nunca respecto de sus ministros. No sería prudente, en muchos países, sobre todo en aquellos donde la Cámara de Senadores, por su organización, no está exenta de las influencias de la pasión política, armar a las cámaras con el gran poder de destituir al presidente, siempre que la pasión formulara un pretexto cualquiera de acusación. Y tanto menos sería aceptable esa atribución, cuanto más corto es el periodo presidencial. Casos verdaderamente graves, esto es crímenes bien calificados, deben ser los que den lugar a la responsabilidad del presidente durante su periodo, reservándose la acusación sobre todos los demás para cuando ese periodo concluya.

LECCION XXIII

SUMARIO: Independencia del Poder Judicial - Nombramiento e inmovilidad de los jueces - Jurados - Juzgados unipersonales y Tribunales.

Ninguno de entre los poderes públicos, ofrece como el Poder Judicial, respecto a su organización, mayor número de problemas, ni más serias dificultades. Las más variadas opiniones existen, acerca de cada uno de los principios sobre que esa organización reposa, y aún en la práctica, está muy distante de ser uniforme la composición de este poder.

La independencia misma del Poder Judicial, no es universalmente admitida. Algunos, aunque en corto número, creen que la administración de la justicia es una desmembración del Poder Ejecutivo. No es preciso que repitamos aquí la doctrina de Montesquieu sobre esta materia. La peor de todas las tiranías sería aquella en que el legislador o el administrador sería al propio tiempo el juez. Pero respecto del Poder Ejecutivo, que es con el que especialmente trata de confundirse el Poder Judicial, las diferencias son sustanciales. El Poder Ejecutivo es una acción y una fuerza constante, porque es el gobierno de todas las fuerzas sociales, al paso que el Poder Judicial, no es acción ni es fuerza, es calificación de hechos, conforme a las definiciones de la ley. El Poder Ejecutivo, amplía la ley, la amolda a las circunstancias, suple sus vacíos, y este poder complementario de la ley, tiene el mismo alcance que el poder de dictarla: concede derechos e impone obligaciones generales dentro de los límites de la misma ley. El Poder Judicial no concede ningún derecho a los individuos, no les impone ninguna obligación: sus resoluciones se limitan a resolver una duda acerca de un derecho preexistente en los que litigan, y declarar que ese derecho

corresponde a una de las partes, porque la ley se lo reconoce, y cuando castiga, se limita a calificar el hecho y a señalar la pena que la ley tiene establecida: el Poder Judicial, no es autoridad en sí mismo, es la “lengua de la ley”. El Poder Ejecutivo se inspira en el sentimiento público; el Poder Judicial, no tiene para qué conocerlo: estudia la ley y la aplica. El Poder Judicial juzga a los ejecutores de la ley. Si el administrador, el ejecutor de la ley fuera el juez, o este fuera subordinado suyo, no habría quien condenara a aquel, cuando lastimara los derechos de los particulares o los intereses nacionales, por la inejecución o la ejecución abusiva de la ley.

“Al Poder Judicial, no le corresponde tomar la iniciativa en ninguna materia, ni en consecuencia deliberar respecto del gobierno de los negocios sociales y no puede constituirse ejecutor propiamente dicho de la ley y administrador del Estado. Pero debe intervenir cuando se presenta una contestación sobre los derechos de los ciudadanos o del Estado; cuando se trata de decidir si un hecho es o no conforme a los principios del derecho, y si la fuerza pública debe legalmente, legítimamente, venir al socorro de uno más bien que de otro, sea que la diferencia tenga lugar entre dos particulares, sea que tenga lugar entre la sociedad y un simple particular.”

218

Esta diferencia sustancial entre la naturaleza de las funciones del Poder Judicial, y la de los otros poderes, trae consigo la necesidad de su independencia, y funda otros muchos puntos de distinción relativos, ya a la organización de la autoridad judicial, ya a su manera de funcionar y al carácter de sus resoluciones.

El origen de los jueces, esto es, si deben o no ser elegidos por el pueblo, y su alternabilidad o inamovilidad, son dos cuestiones que se debaten con ardor entre los publicistas. El carácter absoluto con que se trata de sostener las opiniones extremas sobre estas materias, es lo que las hace inaceptables; pero ambas son verdaderas si se las limita a sus justos términos.

En el ejercicio de la jurisdicción hay dos tareas que llenar: la averiguación y determinación precisa de un hecho con las circunstancias que lo acompañan, y la aplicación de la ley al caso determinado y definido. Así en materia criminal, si se comete un homicidio, débese

ante todo averiguar y decidir si el acusado es el autor de la muerte, y si concurren circunstancias que atenúan o agravan su delito. Decidida esta cuestión, viene en seguida, la determinación de las penas que la ley señala para el homicidio con tales o cuales circunstancias. Si se trata en materia civil, de la nulidad de un contrato, por ejemplo, a causa de coacción sufrida por una de las partes, deberá averiguarse si en efecto existió la fuerza que se alega, y si ella fue tal que privó de libertad al contratante, y en seguida habrá que aplicar la ley que declara la nulidad de los contratos por causa de violencia. Hay como se ve, en el juzgamiento una cuestión de hecho y un asunto de derecho, pero no siempre existe este doble aspecto en un proceso, y comúnmente no puede separarse una cuestión de otra en materia civil. Así, si un padre dispone en testamento de las tres cuartas partes de sus bienes en favor de un hijo, y manda que la cuarta parte restante se divide entre sus otros tres hijos, cuando la ley da a todos los hijos el mismo derecho a igual porción de la herencia paterna, si no se trata de la realidad de la disposición sobre la cual están de acuerdo los interesados, es evidente que no hay cuestión de hecho solo existe el punto de derecho sobre la facultad legal del padre para disponer de sus bienes en la forma en que lo ha hecho. Y si se trata del caso de la violencia en el ejemplo que propusimos, la calificación de esa violencia es una cuestión legal, su aspecto jurídico no puede separarse del hecho real.

Esto dicho, veamos si es posible y conveniente en todo caso y para el ejercicio de la jurisdicción en sus aspectos, la elección popular y la alternabilidad de los jueces.

Respecto del jurisconsulto, que conocimiento profundo de la ley la aplica al caso materia del juicio, la elección popular es imposible. Decíamos en otra ocasión: no es posible que el pueblo elija al letrado porque los electores no son aptos para conocer cuál es el más profundo entre varios jurisconsultos. Todo ciudadano puede preferir el juicio de un individuo respecto del de otros, la moralidad de este sobre la de aquel, la energía de carácter del primero más bien que la debilidad del segundo; en fin, las actitudes comunes pueden ser juzgadas por la comunidad, pero los conocimientos profesionales solo pueden ser medidos por quien los posee o tiene cerca de sí quién los mida. La amplitud de todo derecho electoral, resulta del mayor o menor número

de los actos para su ejercicio. Y si por la fuerza de las cosas el pueblo no lo es para juzgar de la superioridad profesional, es evidente que no es a él a quien corresponde la facultad de elegir.

La primera y más fecunda regla del principio democrático, es dar al pueblo la suma de autoridad que puede ejercer en su provecho, y se separa de esta regla con gran menoscabo del principio mismo, quien piensa y pretende dar al pueblo mayor suma de autoridad de la que puede ejercer en su bien propio. Encargado por la fuerza de las cosas, de la administración de la justicia un pequeño cuerpo de jurisconsultos, la facultad de elegir concedida al pueblo carece del ancho campo de que necesita para su ejercicio.

“El problema que hay que resolver, dice Laboulaye es el de asegurar a la magistratura una independencia suprema. Órgano de la ley, el juez solo puede tener en consideración la ley, cualesquiera que sean las consecuencias. Ninguna influencia política debe entrar en su santuario. La justicia vive de sí misma; ella no es una dependencia sino una parte de la soberanía.

220

Inspirada en las ideas de Montesquieu pero cegada por su odio a los parlamentarios, la asamblea Constituyente creyó asegurar la perfecta libertad del Poder Judicial decidiendo que la justicia se administrara por jueces temporalmente elegidos por el pueblo. Ese era un mal sistema. Para escapar a la influencia real, se caía del lado opuesto; se hacía del juez un servidor del pueblo y de la opinión.”

Hay una notable diferencia entre el cargo de juez, o sea de profesor del derecho, que aplica la ley, y los cargos de presidente o de representante. Para estos, bastan las cualidades comunes de clara inteligencia, honradez política, firmeza de carácter &^a y por eso ninguna constitución señala condiciones especiales de elegibilidad: son suficientes la edad la nacionalidad, el domicilio, &^a. La elección cabe respecto de ellos porque esas cualidades generales pueden ser apreciadas por los electores. Para el cargo de juez es preciso ser jurisconsulto, y esta circunstancia, al paso que pone en manos de un reducido número de individuos el ejercicio de la magistratura, hace imposible y de perniciosos resultados la elección popular.

El juez debe pues ser nombrado, y es indispensable confiar el nombramiento a algunos de los otros dos poderes. Creemos que el Poder Legislativo, o la Cámara de Senadores debe nombrar a los magistrados del más elevado tribunal: que a este debe corresponder esa atribución respecto de los magistrados y jueces inferiores, nombramientos que hará de entre los que reúnan precisamente las detalladas condiciones que señale la ley.

La inamovilidad es consecuencia necesaria de la naturaleza del cargo, y una garantía importantísima de la independencia del juez. Hacer depender la conservación en el puesto, de la voluntad del poder que hace el nombramiento, es hacer del juez el subordinado de quien puede destituirlo. Es necesario que el magistrado nada tenga que temer, para que la imparcialidad de sus resoluciones esté sólidamente garantizada. La inamovilidad del magistrado es necesaria, al magistrado mismo para protegerlo; al cliente para inspirarle confianza; es necesaria a dignidad del gobierno a la santidad de la ley”.

221

El juez se hace no se improvisa. El estudio constante de la ley, suministra un caudal de conocimiento y de experiencia, que son la más segura prenda del acierto en las resoluciones judiciales. Pero si después de un tiempo de un periodo de tiempo y cuando el juez empieza a hacer buen juez, se le reemplaza, jamás se tendrá magistrados experimentados y sabios. Ningún estímulo ofrecería el cargo para consagrarse exclusivamente al buen desempeño de este alto sacerdocio, si se tiene delante la perspectiva de la terminación del plazo, o el peligro de ser removido en cualquier instante.

La alternabilidad de los funcionarios públicos, como principio inherente al sistema representativo, se funda en la necesidad de mantener siempre de acuerdo la opinión de los gobernantes con la opinión pública. Pero respecto de la magistratura esa necesidad no existe, porque el juez no está llamado a interpretar la voluntad pública; la opinión general no le incumbe, y no tiene para que consultarla ni conocerla. El juez solo puede inspirarse en la ley; fuera de ella nada existe para él; “es la lengua de la ley” y de todas las instituciones humanas, es la menos humana.

En materia criminal hay posibilidad de separar la cuestión de hecho, del punto jurídico, y esta separación ha facilitado la adopción del Jurado para el juzgamiento criminal. El jurado es, según lo define Escriche, la reunión o junta de cierto número de ciudadanos, que sin tener carácter público de magistrados son elegidos por sorteo y llamados ante el tribunal o juez de derecho, para declarar según su conciencia, si un hecho está o no justificado, a fin de que aquel pronuncie su sentencia de absolución o condenación y aplica en este caso la pena arreglo a las leyes.

No nos detendremos en hacer un análisis detallado, de la manera cómo funciona el Jurado en los diversos países en donde está establecido. El jurado inglés es el que generalmente se cita como más perfecto. Interpuesta una querrela ante el juez de paz, este hace aprehender al reo, toma sus declaraciones al acusado, al ofendido y a los testigos, practica las demás diligencias sumarias, y decreta en seguida al arresto del acusado, si hay lugar a ello, o lo pone en libertad simplemente o bajo fianza. Según la gravedad del delito el juez de paz envía al reo, ante la audiencia respectiva.

222

En la época señalada, se reúne el jurado de acusación compuesto de veintitrés ciudadanos, se examina a los reos y a los testigos; se lee la acusación y el jurado declara si hay o no lugar a la acusación. Si el reo quiere defenderse, se constituye el jurado menor compuesto de doce miembros designados por la suerte, de los cuales el acusado puede recusar a los que quiera, y que son reemplazados en la misma forma. Ante el jurado se lee la acusación, se toma su declaración a los testigos; se oye a los peritos y se practican todas las diligencias de investigación. El juez letrado que preside el tribunal recapitula los hechos, y el jurado pronuncia el veredicto declarando culpable o no culpable al reo. El juez de derecho absuelve o condena en consecuencia del veredicto.

La institución del jurado ha sido y es, objeto de las más ardorosas discusiones: los unos la consideran como perfecta, los otros como detestable. No tomaremos parte en esta eterna discusión, y nos limitaremos a señalar las ventajas que ofrece el jurado.

La institución del Jurado es más democrática que la de jueces permanentes, pues los jurados son elegidos por el pueblo y alternables;

Hay mayor garantía de imparcialidad y acierto; porque separadas las dos funciones, la de comprobación del hecho criminal y la de aplicación de la ley, y encomendadas a distinto personal, es menos posible la parcialidad y el error, que en un solo juez en cuyas manos está la suerte del acusado;

Los jurados son el país, son los ciudadanos a quienes inmediatamente interesa tanto la represión del crimen, que perturba su tranquilidad, como la absolución del delincuente de una acusación calumniosa o equivocada, que al día siguiente puede pesar sobre ellos mismos;

“Los jurados, dice Grimke, obran como un freno de la conducta del juez, quien tiene que desempeñar sus importantes funciones, no solamente en presencia de sus conciudadanos sino con la cooperación y auxilio de ellos;

223

La institución del jurado inicia a la gran masa del pueblo, en el modo de obrar práctico de las leyes; lo interesa en la administración de ellas y contribuye a disciplinarlo y hacerlo hábil para el gobierno de sí mismo;

La intervención del Jurado ayuda a mitigar el rigor de las reglas generales, haciendo sin embargo concesiones por la infinita variedad de medios de las transacciones humanas; de que las leyes no pueden tomar conocimiento;

Los jurados hacen las veces de espectadores y por lo mismo están bien calculados para obrar como árbitros entre los contendientes;

La intervención del jurado da publicidad a los juicios.

Cualesquiera que sean las ventajas del jurado, lo cierto es que no puede tener aplicación en materia civil. “Pasaré en silencio, dice Belime, la dificultad de reunir el número de jurados necesarios para administrar justicia. Los que están obligados hoy a abandonar sus negocios, para venir a la capital a dar su veredicto en materia criminal, no sufren

este gravamen, bien pesado sin duda, sino porque es una deuda que hay que pagar a la sociedad. ¿Pero qué dirían si se les trajese para decidir sobre las diferencias más o menos frívolas que un vecino tuviera en gana promover a su vecino?

Aun suponiendo que esta institución sea aceptada sin resistencia, ella no se concibe sino cuando el punto de hecho está perfectamente separado de la cuestión de derecho. Se convendrá sin pena, en que el jurado no es bueno sino a condición de estatuir sobre un puro hecho, porque entonces, cuando todo se limita a saber si tal cosa ha pasado o no, todos los hombres por el simple buen sentido, son igualmente aptos para dar una solución razonable. En lo criminal, esta distinción del hecho y del derecho se presenta casi siempre con simplicidad; en lo civil casi nunca. sobre todo, en una legislación que, como la nuestra, limita la prueba testimonial, exigiendo pruebas escritas en la gran mayoría de los casos. Así entre nosotros, la cuestión, no es saber si una venta, un préstamo han tenido lugar, pues allí está el acto que lo prueba, sino de saber si el acto está en la forma legal, si las partes eran, capaces de obligarse, si la prescripción no ha corrido. El hecho en una palabra esta indisolublemente confundido con el derecho y la manera de separarlos, daría casi siempre ocasión a un proceso previo.

224

¿Se permitiría apelar de la resolución que se expidiera sobre esto? Esto sería multiplicar los términos y los procedimientos. ¿No se permitiría sino después de la sentencia definitiva? Pero entonces, si se reconoce que la cuestión está mal planteada, será preciso comenzar de nuevo, sobre distintas bases y mientras tanto los jurados dan en vano su veredicto.

No veo el gran inconveniente que se encuentra, en que los jueces resuelvan a la vez las cuestiones de hecho y de derecho. ¿Se desconfiará de ellos para el hecho, mientras que para el punto de derecho se acepta su decisión a causa de sus conocimientos especiales?

En lo criminal, es en donde, en las causas que afectan la libertad de los ciudadanos, se podría creer en la influencia de las pasiones políticas y en las sugerencias de la autoridad. Pero en lo civil, no hay por qué temer esas influencias. La experiencia nos tranquiliza a este

respecto, pues en un siglo, en el que no se omiten las censuras a aquellos que las merecen, tenemos una magistratura honorable, y contra cuya integridad no se levantan sospechas. Hay más: muchas personas preferirán someter sus diferencias a magistrados que motivan sus fallos, y que están dominados, por el respeto al cuerpo a que pertenecen, que, a doce ciudadanos absolutos en su veredicto, aunque inhábiles en los negocios, y que entran en seguida en la vida privada, sin llevar consigo la menor responsabilidad.

Se debate también la cuestión relativa a si es preferible el sistema de tribunales al de juzgados unipersonales. Cualesquiera que sean las razones que a este respecto aducen los partidarios de uno y otro sistema, creemos que no puede ponerse en una por ningún espíritu desapasionado que un tribunal ofrece menos peligros de corrupción, menos causas de parcialidad y que los conocimientos que pueden faltar al uno se hallarán en el otro. Esto, no obstante, en la primera instancia, en donde se actúan las pruebas, se presentan los alegatos con mayor amplitud, y por consiguiente el procedimiento es más dilatado y penoso, es preferible el juzgado unipersonal.

LECCION XXIV

SUMARIO: La diversidad de jurisdicciones, cuantía, grados y territorio - Necesidad y extensión del procedimiento: tribunales de excepción: publicidad; motivación de los fallos gratuidad de la justicia: responsabilidad judicial - Ministerio Público.

En la organización del Poder Judicial debe tomarse en cuenta la diversidad de jurisdicciones, de cuantía, de grado y de territorio. Los litigios en asuntos civiles son diversos de los procesos criminales. Las materias son enteramente distintas, la codificación debe serlo y lo es también, las formas de procedimiento lo son igualmente, y los jueces deben serlo así mismo. Los asuntos sobre las transacciones comunes, sobre los derechos del estado de familia, las herencias &^a poco tienen de común con las diferencias que se suscitan en materia de comercio. Hay respecto de unos y otros, leyes diversas y procedimientos distintos, y los jueces no pueden ser los mismos. En la jurisdicción criminal, es necesaria la separación de jueces para los crímenes y para los delitos o faltas sujetos a penas correccionales, y aún la delincuencia política debiera ser objeto de una jurisdicción separada. Esta separación de jurisdicciones es indispensable, porque son diversos los conocimientos que se necesitan para juzgar diversas materias, con arreglo a leyes y procedimientos distintos.

La cuantía o importancia del asunto exige así mismo, diversidad de jueces. Las contiendas por interés de pequeñísima importancia deben ser resueltas prontamente, y el espíritu de conciliación debe dominar en el juez. Las tramitaciones lentas y costosas, el rigorismo de la ley, las alegaciones escritas, todo es incompatible con la pequeñez del interés disputado, y la condición casi siempre menesterosa de las personas que lo litigan.

La jerarquía judicial es condición necesaria para el acierto de las resoluciones. Si un juez o un tribunal incurre en error, es necesario que otro tribunal enmiende el fallo, y aún un tercero revise la resolución del segundo. Para este efecto los tribunales superiores en grados, deben ofrecer por su organización, mayores garantías de acierto.

Finalmente, es necesario que la justicia se administre en todo el territorio; pero no es menos indispensable, que no se obligue a la persona a quien se promueve un juicio, a abandonar el lugar de su domicilio y a atravesar grandes distancias para acudir a su defensa. El territorio debe pues estar dividido en distritos judiciales, con jueces y tribunales que administren justicia en ellos.

Poco o nada eficaces serían las leyes que reglan las relaciones entre los particulares y que conceden e imponen los derechos y obligaciones de carácter privado, si no existen otras que determinen la manera de hacer efectivos esos derechos, cuando están amenazados o han sido desconocidos. Es pues indispensable que se señale el modo de alcanzar justicia de los tribunales establecidos con ese fin. Las leyes que contienen esa determinación son las del procedimiento civil o penal.

Es necesario señalar el juez ante quien debe recurrirse, según la naturaleza de la demanda, y la forma de esta, el modo de emplazar a la persona contra quien se dirige la acción, para darle la oportunidad de defenderse; los medios de prueba de que pueden hacer uso los contendientes y el valor de esos medios; los remedios que deben emplearse contra el que se niega, como demandado o como testigo, a comparecer en el juicio; los que puede usar la parte para separar del conocimiento del asunto al juez parcial, los conducentes a obtener la reparación del daño que causa una resolución errónea o apasionada y en fin, los medios de hacer cumplir el fallo expedido. En una palabra, es necesario en el juzgamiento, así en lo civil como en lo criminal, dar facilidades a la defensa de las partes; alcanzar un esclarecimiento perfecto; alejar el error o la pasión de los fallos; y dar cumplimiento a estos. Para todo esto es necesaria una tramitación fija en cada clase de asuntos. Y aún los actos que no son parte de un litigio, pero que deben estar revestidos de ciertas formalidades, son objeto del procedimiento.

Se ha dicho con razón “es necesario no dar a una de las partes el bien de la otra por falta de examen, ni arruinar a ambas por examinar demasiado” y esta máxima es el resumen más perfecto que puede hacerse, de cuanto se puede decir sobre la extensión del procedimiento judicial. No debe establecerse nada inútil ni suprimirse nada necesario.

Importantísima garantía es en orden al juzgamiento, la supresión de todo tribunal de privilegio, de todo juicio por comisión, La igualdad civil reclama, que todos sean juzgados por los mismos jueces y con arreglo a las mismas formas. La diversidad de jurisdicciones no se funda en la calidad de las personas sino en la naturaleza de los hechos. Este principio incontestable ante las prescripciones de la justicia, era desconocido en el antiguo derecho que reconocía el fuero personal. Un militar era juzgado por jueces militares, aun cuando se tratase de contestaciones de carácter común, que ninguna relación tiene con el ejercicio de las armas, o de delitos de carácter también común como un robo o una violación. Este extraño privilegio no tiene en su favor ningún motivo serio.

Solo el espíritu de prevención en favor o en contra del acusado, puede inspirar la creación de tribunales extraordinarios o de privilegio, pues si se desea sinceramente la rectitud e imparcialidad del fallo, debe juzgarse a todos por los mismos jueces, y con las mismas formas establecidas para administrar imparcialmente justicia, y si se sustrae al acusado de la autoridad de esos jueces, y se suspenden o se abrevian las formas respecto de él, es sin duda para colocarlo en una condición mejor o peor que la que cabe a todos los acusados. “Las formas, dice Constant, son una salvaguardia; la abreviación de las formas es la disminución o la pérdida de esta salvaguardia: ¿la abreviación de las formas es una pena, y si se la inflige al acusado, es porque su crimen está probado de antemano, pero si es así a qué viene un tribunal cualquiera que sea? ¿Si su crimen no está demostrado, con qué derecho lo colocáis en una clase particular y proscrita y le priváis del beneficio común a todos los miembros del Estado social?”.

Estas observaciones se aplican con doble fuerza, a esas jurisdicciones cuyos solos nombres se han hecho odiosos y terribles, a

esos consejos o comisiones militares que, cosa rara, durante toda la revolución emprendida para la libertad, han hecho temblar a los ciudadanos.”

Así pues, tratándose de la misma materia, todos deben ser juzgados por los mismos jueces y con arreglo a las mismas formas. Así lo exigen la igualdad civil y los fueros debidos a la libertad.

La publicidad en materia judicial, es una inapreciable garantía de imparcialidad y acierto en los fallos. Ella sirve de estímulo al juez íntegro que ve delante de sí a la sociedad, para esforzarse en el acertado y concienzudo desempeño de sus altas funciones. Para el juez falto de integridad, es un freno que lo detiene en la comisión de abusos, fácilmente ignorados tras el silencio y del misterio. El juicio público es una sanción imparcial y temida, y lo es más respecto de la administración de justicia, que tan vivamente interesa al ciudadano, cualesquiera que sean su condición social, su profesión y sus opiniones.

230

Esa sanción es más eficaz y saludable en materia criminal. La sociedad directamente interesada en el castigo del crimen, tiene perfecto derecho para vigilar al juez a quien ha encomendado su defensa. El acusado lo tiene también, porque aparte de la pena legal que un error o una injusticia, pueden hacerle sufrir indebidamente, están de por medio los sagrados intereses del honor siempre lastimado con la acusación.

La motivación de los fallos es otra garantía de la imparcial administración de la justicia. Ella sirve para conocer si el juez ha comprendido bien y aplicado con acierto la ley al caso que resuelve. Hay mayor facilidad para probar la ilegalidad de una sentencia, cuando ella misma contiene las erróneas consideraciones en que se funda. La necesidad de motivar los fallos, obliga además al juez a estudiar con más detenimiento las razones que existen de uno y otro lado, único modo de aceptar las ciertas y desechar las erróneas. Una sentencia vigorosamente motivada en apreciaciones exactas de las leyes y de los hechos, convence de la imparcialidad e ilustración del juez, y de la verdad de la resolución, aún a aquellos que estén prevenidos en contra. Se consigue así dar mayor respetabilidad a los fallos, aparte

de que es el medio único de apreciar el verdadero sentido de las leyes y formar la doctrina.

La justicia debe estar al alcance de todas las clases sociales. Cuando ella es demasiado dispendiosa, los pobres quedan excluidos de sus beneficios. Sobre todo, en los asuntos de menor cuantía, que son los que generalmente se ofrecen a la clase menos acomodadas, es en donde la moderación de los gastos judiciales debe consultarse con más esmero. Una administración de justicia excesivamente costosa, absorbe en muchos casos, sumas iguales o mayores que las que se litiga. Para consultar este punto se ha establecido que los jueces no sean pagados por las partes, sino rentados por el Estado. Y, además, se ha tenido en cuenta para esto la necesidad y conveniencia, de no ligar al juez con la parte que paga mejor sus servicios. El beneficio de insolvencia, o sea la exoneración de los principales gastos que origina el juicio, a las personas que no tienen renta, es también altamente provechoso.

231

La uniformidad de las prácticas judiciales, y en los principios aceptados por los jueces es de muy alta importancia. No basta la estabilidad de la ley, es necesario que los jueces se penetren de su verdadero espíritu. La uniformidad en el modo de proceder y en las resoluciones judiciales, persuade de que los jueces tienen de la ley verdadero conocimiento. Esa uniformidad sirve de regla a los particulares y especialmente a los jurisconsultos y evita muchos litigios, porque es seguro el éxito, en vista del alcanzado en los casos idénticos. La “práctica de los tribunales” que es el resultado de la uniformidad es una enseñanza provechosa, sobre todo tratándose de materias respecto de las cuales, la ley no es suficientemente clara y explícita.

“La necesidad de conservar la uniformidad en los juicios, dice el Dr. Fuentes, motivó la creación de los tribunales supremos o de casación. Superior a todo el conjunto de funcionarios judiciales, ese cuerpo ha tenido y tiene la misión principal de vigilar la sana aplicación de los principios jurídicos. Los hechos que reclaman esa aplicación cotidiana, presentan una infinita variedad, pero es necesario que esa diversidad llegue por una decisión de decisiones judiciales, a colocarse bajo las reglas generales.

Tal es la razón porque a los tribunales superiores no se confiere generalmente, más misión en los pleitos, (exceptuados algunos en que conocen como juez originario) que la de examinar si se han aplicado con acierto las leyes que rigen en la materia de un juicio.

Si la justicia no fuera uniforme en cuanto al modo de ventilar las acciones y declarar los derechos, si estuviera sujeta al capricho del magistrado, y a la antojadiza interpretación de las leyes, dejaría de merecer tal nombre. “La justicia es la expresión de la verdad moral y la verdad es una”.

Al lado de todas estas garantías, existe la garantía directa o sea la responsabilidad de los jueces. Esta responsabilidad debe ser civil, para los casos en que el juez proceda contra derecho, pero sin intención maliciosa, esto es sin mediar un verdadero delito, y criminal cuando este existe. Toca a las leyes positivas reglar esta importante materia.

232

Existe cerca del Poder Judicial una institución, el Ministerio Público, que sin confundirse con ese poder está íntimamente relacionado con él y lo completa “Tiene atribuciones diversas: derecho de acusar en materia criminal, obligación de venir en socorro del débil aún en materia civil. Así un hombre tiene la desgracia de hallarse habitualmente en estado de demencia, de furor o de imbecilidad, el Ministerio Público puede provocar la interdicción, y esto no solo en interés de la sociedad, sino en interés del propio individuo. El Ministerio Público es oído cuando se trata de menores, de mujeres casadas, de cuerpos morales, de municipios es un peso puesto en la balanza a favor del débil; él demanda por ellos ante el Poder Judicial, que en su independencia admite o desecha, pues el Ministerio Público no puede requerir sino dictaminar; él es pues parte.” Generalmente, el Ministerio Público (los fiscales) son los representantes del Estado en las contestaciones en que este es demandante o demandado. En algunas partes, el Ministerio Público es subordinado del poder real, y por su medio este poder requiere al Poder Judicial, para la pronta y recta administración de justicia. Los fiscales son entonces nombrados y removidos por la corona, y por su medio esta tiene participación en las funciones judiciales.

LECCION XXV

SUMARIO: Independencia municipal - Organización comunal en los Estados Unidos de América y en Bélgica.

Nos hemos ocupado en la segunda parte de nuestro estudio, de los derechos del hombre en sus relaciones con la sociedad, y en esta tercera parte, de la organización del Estado; pero en la sociedad civil hay otra personalidad moral y jurídica, cuyos derechos deben ser atendidos; una personalidad que no debe desaparecer, como desaparecería bajo un sistema de organización absorbente. Hablamos del municipio o común.

El municipio es la agrupación de familias que habitan en una misma localidad, pueblo o villa, unidas por las relaciones íntimas de la vecindad y por la solidaridad de los intereses inherentes a la común habitación. “Después de la familia, dice Babbie, lo que más amamos es el municipio. Allí nos encontramos habitantes que nos conocemos todos individualmente; camaradas de infancia que han crecido con nosotros, ancianos que nos prodigaban sus bondades en nuestra juventud; allí están los documentos en que constan nuestro nacimiento, nuestro matrimonio y la muerte de nuestros ascendientes; allí todo nos recuerda sucesos que hablan a nuestro corazón y que interesan nuestra vida. Los habitantes del común tienen ideas que nos pertenecen, y aun cuando estas ideas sean preocupaciones locales, cada uno de nosotros, participa de ellas, o al menos las trata con indulgencia. Estamos pues ligados a nuestro pueblo por el triple lazo del interés, del corazón y del espíritu, y es por eso que después de la familia, nada nos es más querido que el lugar donde nos hemos establecido. Los que lo abandonan piensan constantemente en él, y cuando llega el momento de regreso,

vienen a pasar los últimos instantes de una vida que va a concluir. Menos que la familia, el común es la continuación del individuo, pero lo es en alto grado, y en la intimidad de los lazos que la vida comunal establece entre los individuos, es donde encontramos la fuente de nuestras afecciones. Se ha tenido pues razón en decir que el común es una asociación natural, y que la ley no podría suprimirlo sin violentar la naturaleza de las cosas.”

Esta asociación natural tiene necesidades e intereses propios y exclusivos; que no son las necesidades y los intereses generales de la sociedad. Su policía, sus caminos, la comunidad y ornato de su pueblo, sus escuelas, sus mercados, su salubridad y muchos otros intereses demandan su atención y cuidado. Los vecinos son los que mejor los conocen, son ellos los que más vivamente desean administrarlos, y ellos los que con más acierto pueden hacerlo. Ninguna razón existe para despojarlos de esa administración propia, que la naturaleza les concede. La acción del poder general sería tardía y deficiente. El poder central es uno en su origen, en sus propósitos, en sus resoluciones, esa unidad constituye su excelencia; pero la unidad de la acción central, nace y se apoya en la unidad de los intereses comunes, de los grandes intereses nacionales. La vida local está constituida, por necesidades propias y especiales, que están fuera del alcance del poder general de la nación. Es así indispensable no confundir lo que la naturaleza separa: la confusión es el desorden y el absolutismo, la separación le es el concierto y la libertad.

234

Así como en el individuo hay un aspecto de su vida, respecto del cual la sociedad no interviene siendo él solo árbitro de sus actos, así debe reconocerse a la agrupación de individuos y de familias, que viven en una localidad, una esfera de acción propia e independiente para todo lo que le es peculiar y exclusivo.

No es posible determinar en un curso teórico, los intereses especiales de la localidad, que quedan reservados a su propia administración, ni la forma de organización del poder comunal. Para formarnos una idea menos vaga de esta importante materia, daremos a conocer la organización municipal en los dos Estados en los cuales se ha alcanzado sin duda, a este respecto, un más alto grado de perfección.

“En América la legislación de los Estados Unidos ha dado a las parroquias el maximum del self-governement que pueden tener. Todos los servicios públicos son ejecutados por los agentes parroquiales en número de diez y nueve, cifra que implica una gran división de atribuciones y una determinación precisa de la competencia de cada uno. Es la ley la que señala esas atribuciones; si no llenan su deber hay contravención, y el agente parroquial responde ante los tribunales de la falta cometida. Allí no hay jerarquía, no hay subordinación que ligue al inferior con el superior, no hay suspensión ni destitución discrecional; el verdadero superior es la ley que fija las atribuciones, y la jerarquía está reemplazada por la pena pronunciada en justicia contra el funcionario delincuente.

Las atribuciones de los select-men están también determinadas por la ley. Si ellos quieren iniciar una empresa, que no esté prevista por los reglamentos, ni aprobada de antemano por la mayoría, convocan a los electores y fijan el día en que tendrá lugar la reunión. Solo los select-men, tienen el derecho de convocar a los electores. Cuando no lo hacen espontáneamente lo verifican a petición de diez propietarios.

Los select-men, que son la autoridad más general y la más elevada en el común, como los otros magistrados municipales, son nombrados por los sufragios de los electores y la elección tiene lugar todos los años en el mes de abril o mayo. Entre esos funcionarios se encuentran los asesores que reparten el impuesto, los colectores que lo cobran, el condestable encargado de la policía, el escribano que redacta los procesos verbales y las actas del estado civil; un cajero que guarda los fondos; y además los vigilantes de los pobres, visitadores de escuelas, inspectores de caminos, inspectores de pesas y medidas &^a &^a.

Así en el común el poder viene del pueblo, y la delegación es por solo un año. Una vez nombrados los select-men solo dependen de la ley, y si se trata de una empresa no prevista por la ley o los reglamentos, deben someterla al pueblo que es el soberano en el común, como lo es en el Estado y en la confederación. Los select-men no tienen consejo municipal que los asista, y que por su deliberación cubra su responsabilidad. El cuerpo electoral es el verdadero consejo municipal, su poder es más grande que el de un consejo municipal en Francia,

pero por grande que sea, él lo conserva todo, y los select-men no son instituidos sino para hacer ejecutar las leyes, y en los casos no previstos por estas para convocar y presidir la reunión del pueblo.

El común en América es pues una pequeña república en la gran república y en el Estado. En sus relaciones con este, goza de completa independencia. La sumisión del Estado solo comienza, allí donde se presenta un interés general, común a muchas agregaciones. En todo lo que no tiene relación sino con ellas, los comunes son cuerpos independientes y en la Nueva-Inglaterra, no se encuentra ningún individuo, me parece, que conceda al gobierno del Estado el derecho de intervenir en la dirección de los intereses puramente materiales.

Si se trata de vender, de comprar, de gravar, de demandar o de defenderse, el común tiene el derecho de hacerlo sin el permiso de la administración superior. Las relaciones con el Estado lo obligan solamente a proveer a los servicios de utilidad general, conformándose a las leyes del Estado. Si este pide contribuciones el común está obligado a acordarlas. Si el Estado quiere abrir un camino, que atraviesa muchos comunes, ninguno tiene el derecho de cerrar su territorio; si el Estado dicta un reglamento general de policía, todos los comunes deben conformarse a él, si el Estado quiere que la enseñanza sea organizada por todas partes según el mismo plan, el común está obligado a crear el número de escuelas prescritas por la ley.”

En Bélgica, el común es menos independiente que en América. “La Bélgica está dividida en comunes de desigual extensión, y cuyo número es de dos mil ciento cincuenta y seis. En cada uno se encuentra un cuerpo municipal compuesto de dos partes: 1º el consejo municipal: 2º el colegio del burgo-maestre y de los regidores, cuerpo colectivo que puede ser considerado como el Poder Ejecutivo de las deliberaciones tomadas por el consejo comunal. Los consejeros comunales son elegidos por electores que paga un censo, cuya suma varía según la población de los comunes. En cuanto a los regidores, son nombrados por el rey de entre los miembros del consejo municipal. Lo mismo sucede respecto del burgo-maestre. Cuando en casos especiales, el rey quiere nombrar al burgo-maestre de fuera del Consejo, no puede hacerlo sino con el acuerdo conforme de la diputación permanente del

Consejo Provincial. Su elección debe limitarse a los electores de veinticinco años cumplidos. La ley no ha fijado el número de sesiones del Consejo Comunal, y corresponde al colegio de regidores convocarlo siempre que sea necesario.

Las enajenaciones de los inmuebles deben someterse a la aprobación del rey, en todos los casos en que el valor del inmueble pase de mil francos. Las donaciones y legados no pueden, así mismo, ser aceptadas sino con la aprobación real, siempre que el valor de las cosas donadas o legadas pase de tres mil francos. Por valores menores, la aprobación es dada por la diputación permanente del Consejo Provincial. Están así mismo sometidas a la aprobación del rey, el establecimiento, el cambio, o la supresión de imposiciones extraordinarias y de los reglamentos relativos a ellas, el cambio del modo de gozar de los bienes comunales, la demolición de los monumentos antiguos, y aún las reparaciones cuando ellas varían su estilo.

Si el poder municipal está sujeto a una tutela severa para los actos de gestión, tiene atribuciones muy extensas en lo concerniente al nombramiento de los funcionarios de las tazas, de impuestos municipales, los administradores de los hospicios y oficinas de beneficencia, los médicos, los arquitectos, los profesores agregados a los establecimientos comunales, son nombrados por el Consejo, a quien corresponde así mismo el poder de destituirlos.

Es de notar que, en principio, es al Consejo Comunal y no al colegio de regidores, a quien pertenece el nombramiento de los empleados, y sin embargo esta atribución corresponde más naturalmente al Poder Ejecutivo municipal. Asimismo la atribución de dictar reglamentos de policía, corresponde al comunal. Esto no tiene nada de extraordinario en Bélgica, donde el Poder Ejecutivo municipal corresponde a un cuerpo colectivo que delibera como el consejo municipal; pues el burgo-maestre no tiene ningún poder propio y aparte de la presidencia del colegio, no es en último resultado, sino un regidor, y no puede obrar sino en nombre de la asamblea entera.

Además de la administración comunal, existe la provincial, o sea la de las subdivisiones principales del Estado. Esa administración está encomendada a los consejos provinciales, cuyos miembros son

elegidos directamente por el pueblo. El consejo elige de su seno una diputación permanente compuesta de seis miembros. Los consejeros son elegidos por cuatro años y se renuevan cada dos años. Los consejos están sometidos a la dirección y vigilancia de un gobernador, nombrado por el rey.

LECCION XXVI

SUMARIO: Necesidad de la fuerza pública: opiniones de Montesquieu y B. Constant - Peligros que ofrece el ejército permanente - Principios sobre que debe reposar la organización de este - Guardia Nacional: su organización - Gendarmería.

No debemos terminar nuestras lecciones, sin hacer una ligera mención de la fuerza pública.

239

Los Estados no tienen como los individuos, una autoridad superior que resuelva sus diferencias, y proteja a los unos contra los ataques injustos de los otros. Esa autoridad superior no existiría jamás, a pesar de las teorías filantrópicas, que tienden a proscribir entre los pueblos el uso cruel de la guerra. Los Estados tienen pues que atender por sí mismos, con su propia fuerza a su seguridad exterior, y al respeto de sus derechos. La paz interior y la garantía del derecho, reclaman también la existencia de la fuerza, sometida a la autoridad pública. Pero la fuerza pública a las órdenes del poder, es sin duda un peligro para la libertad: ella que debe estar siempre al servicio de esta, puede convertirse en instrumento de la tiranía. Evitar este peligro, es el gran problema político que ha ocupado la atención de los más esclarecidos publicistas.

La subordinación militar, hace del soldado un ser pasivo, irreflexivo. Desde que sale de su pueblo, para vivir en otro desconocido para él, sin parientes, sin amigos que le comuniquen sus ideas y sus sentimientos, el soldado no ve más que su jefe, no conoce más ley que la sumisión a este, deja de ser ciudadano para convertirse en una

fuerza, que así puede ser movida en favor de la libertad como de la tiranía.

Para evitar este gran peligro, Montesquieu pretendía que el ejército fuera pueblo, y que estuviera animado del espíritu del pueblo, y con tal intento proponía, que todo hombre armado tuviera bienes con que responder de su conducta, y que el servicio militar fuera solo por un año. Pretendía, además, que el Poder Legislativo tuviera la facultad de disolver el ejército permanente.

B. Constant cree que el ejército permanente, debe estar destinado exclusivamente a defender las fronteras y acantonado en ellas, para evitar los peligros que resultan de conservar una gran fuerza en el interior del país. Una segunda clase de fuerza, estará destinada especialmente a reprimir los delitos cometidos en el interior. Esta segunda clase de fuerza, no ofrecerá los peligros de la primera: estará diseminada sobre todo el territorio y tendrá ella misma conocimiento de su misión. “Acostumbrada a perseguir más bien que a combatir, a vigilar más que a conquistar, no habiendo gustado jamás de la embriaguez de la victoria, el nombre de su jefe no la llevará más allá de sus deberes, y todas las autoridades del Estado serán sagrados para ella.” Finalmente, la Guardia Nacional, estará destinada a comprimir las sediciones y la revolución. La Guardia Nacional compuesta de ciudadanos y propietarios, estará siempre en favor del orden, será su mejor sostén, y no ofrece los peligros del ejército permanente, que no delibera, que es fuerza pasiva, movable a voluntad del que la manda.

240

Otros publicistas pretenden la proscripción completa de los ejércitos permanentes. La Guardia Nacional, o sea el pueblo, proveyendo por sí mismo a su seguridad externa y a la paz en el interior, y la Gendarmería para la represión de los delitos privados, creen que son elementos bastantes de tranquilidad interna y externa.

En medio de esta variedad de opiniones hay una verdad que no puede ser desconocida. La existencia de los ejércitos permanentes no es simplemente una cuestión de voluntad. La situación geográfica y política de un país, el estado de los espíritus, el gusto y las ideas

de la nación, son cosas que es indispensable tomar en cuenta. La Inglaterra rodeada por el mar y defendida por sus murallas flotantes, no está en la misma condición que la Francia, colocada al frente de pueblos con quienes a menudo ha combatido; y se comprende fácilmente, que los Estados Unidos, sin otra vecindad que la del Canadá y de las antiguas colonias españolas, y más amenazantes que amenazados, no tengan necesidad de ejército permanente. Lo que quiero demostrar es, que los americanos, como todos los pueblos libres, han considerado los ejércitos permanentes como un peligro, y que se han reservado con gran empeño, y como el primer atributo del ciudadano, el derecho de llevar las armas y de defender solos la patria y la libertad.”

Supuesta pues la necesidad imprescindible de los ejércitos, ¿cómo se organizarán estos? ¿deberán ser muy numerosos? Si indistintamente se obliga a los ciudadanos a formar en las filas del ejército, si para nada se tiene en cuenta su estado, su condición social, su vocación, su edad, su moralidad &, &, si ese servicio se les impone de por vida, arrancándolo para siempre del seno del hogar, se tendrá la más insostenible tiranía, y la esclavitud más desgraciada. El ejército será una clase de hombres completamente segregados de la vida civil, ningún lazo la unirá con ella, ninguna importancia tendrán a sus ojos las libertades públicas, de las que él se encuentra desheredado para siempre. Y esa masa de hombres con una organización especial, con leyes y tribunales especiales, cuyas costumbres y manera de vivir son excepcionales “no verá más patria que su campo, más conciudadanos que sus compañeros de armas, hasta el punto de que su bandera, permítaseme la expresión, será el campanario de su aldea, y que a ella se dirigirán todos sus pensamientos, sus afectos, todo su porvenir de una manera exclusiva y absoluta. En este estado de cosas, las alarmas que la institución de los ejércitos permanentes despiertan en los publicistas son legítimas y serias.”

Es pues indispensable emplear medios de organización, que depuren en lo posible la institución de estos gravísimos inconvenientes. Es necesario además que el ejército sea el absolutamente indispensable: todo exceso es un mal, porque se aumentan en proporción al

número, los peligros que le son inherentes, y porque su sostenimiento ocasiona gastos inmensos sin ningún resultado provechoso.

Los principios que se adoptan más comúnmente son los siguientes:

Solo los nacionales deben ser admitidos o llamados a las filas del ejército permanente. Se explica perfectamente que el amor a la patria, lleve a los hombres al campo de guerra, para alcanzar la reparación de una ofensa inferida a ella, que es la ofensa de sus hijos; pero cuando la ofensa no nos toca, cuando no se va a defender el propio hogar, el pueblo en que se nace, la nación que nos ha dado idioma, religión, costumbre, amistad, familia, todo lo que constituye lo más caro para el corazón del ciudadano, cuando se ama la guerra por la guerra misma, por vocación, por placer o por interés, se es mercenario, se está muy lejos de abrigar los sentimientos humanitarios, fuente de la moralidad y del honor.

242

No deben, en segundo lugar, ser admitidos como voluntarios, sino los que tengan la edad y la robustez física necesarias para soportar las fatigas del oficio de soldado. No debe admitirse a los padres de numerosa familia, ni a los que no comprueben la moralidad de sus costumbres. Estas condiciones se justifican por sí mismas. Es necesario no dejar en el desamparo a la esposa, a los hijos, a los padres ancianos, ni admitir al hombre, que, por el hecho de querer abandonar a los seres queridos, cuya suerte depende de su esfuerzo y de su trabajo, no revela por cierto muy alto grado de moralidad ni delicadeza de sentimientos. Los vagos, los de malas costumbres deben ser excluidos de la carrera de las armas. Los ejércitos permanentes, serían la anarquía y la disolución social, si los peligros inherentes a la institución se reagranan con la perversión de los sentimientos del soldado.

Pero los voluntarios no bastan para formar el ejército y es necesario apelar al llamamiento forzoso. El único medio que puede emplearse, porque es el que menos inconvenientes ofrece, es el de la conscripción, el de la suerte, pero modificando los ciegos caprichos de esta, por otros medios como las excepciones, las sustituciones y los reemplazos. Por las excepciones serán excluidos del sorteo, los que

no tienen la edad, la robustez y la moralidad necesarias, los padres de familia, los hijos únicos que sostienen a sus padres, y en fin todos aquellos a quienes la razón, la equidad y el interés legítimo de terceras personas aconsejan excluir. Por las sustituciones se admitirá al que, teniendo las condiciones necesarias, se presenta en lugar del conscripto y por los reemplazos, se admitirá al que éste presente en su lugar, siempre que reúna las mismas condiciones.

No es posible adoptar en lugar de la conscripción, los medios injustos e inconvenientes del enganche, el reclutamiento, ni aún la designación hecha por una autoridad o jurado. El enganche como dice Rossi “es la trata no de negros sino de blancos; es la trata de los licenciosos, de los ebrios, de los hombres de mala vida, trata hecha por cuenta y en nombre del gobierno. Con tales elementos no será posible contar con el respeto a la disciplina ni con fidelidad a la bandera.” El reclutamiento, esto es la aprehensión forzada y pública del ciudadano, sin distinción de condición, estado &, arrancándolo violentamente del hogar y del taller, es un medio tan absurdo y tan contrario a las ideas y costumbres que inspira un mediano grado de civilización, que no es necesario ocuparse de esa forma salvaje, signo de la más desvergonzada tiranía y del más alto desprecio a la dignidad humana. La designación del soldado por una junta de autoridades locales, traería como resultado inevitable, que cada localidad se purgaría de los vagos y de los viciosos, para enviarlos al ejército que sería así el centro de la inmoralidad y del deshonor.

Finalmente, no es posible obligar al servicio militar de por vida. Sería la más desesperante esclavitud, la que se impondría al hombre a quien se consagra a un oficio lleno de penalidades y peligros, para el que tal vez no tiene vocación; y esto sin esperanza de volver un día al seno de la familia y de la vida civil. El soldado, en la ancianidad o en la invalidez, se vería envuelto en la miseria, sino se adopta el medio inconveniente de hacer pesar sobre el tesoro público, un gran número de inválidos. “Nada tiene de extraño que se multipliquen las deserciones, pues se lleva el ejército la desesperación en el corazón. Nada de extraño que el soldado sea peligroso, pues para él todo lazo de familia ha sido roto, toda idea de ciudadano está apagada en su

espíritu. No hay más parientes, amigos, ni conciudadanos que sus hermanos de armas.”

La Guardia Nacional es compuesta por los ciudadanos armados y su objeto es conservar la paz pública, defender la constitución y las leyes y en caso de necesidad, unirse al ejército permanente para defender la independencia del país y la integridad del territorio. Los principios sobre que generalmente reposa la Guardia Nacional son los siguientes:

Por su objeto y su naturaleza es una institución esencialmente civil. El servicio militar, que excepcionalmente presta en caso de guerra exterior, es extraordinario. Su misión ordinaria y habitual es conservar el orden interior del Estado, la paz pública, y, en consecuencia, ella está sometida a las autoridades civiles, y en último término al ministerio del interior. Solo se pone a órdenes del ministerio de la guerra en el caso excepcional de guerra extranjera.

244

La Guardia Nacional, es la milicia local, es decir que está destinada a prestar sus servicios en la localidad del domicilio de las guardias. Solo en casos graves determinados por la ley puede ser movilizada, y entonces deben ser exceptuados de la movilización aquellos a quienes la salida de su provincia, irrogaría graves perjuicios a ellos mismos o a los padres ancianos y pobres, o a los hijos menores sin madre &. Los servicios fuera de la localidad deben ser por poco tiempo.

El servicio en la Guardia Nacional, es considerado como un derecho y como una obligación. Por incompatibilidad deben estar exceptuados los magistrados o autoridades civiles, los eclesiásticos, los alumnos de los seminarios, los militares del ejército en servicio, y los empleados en el ramo militar, los agentes de la policía municipal y judicial &. Además, deben ser excluidos los condenados a penas afflictivas, los penados por ciertos delitos como robo, quiebra fraudulenta, atentados contra las buenas costumbres y los vagos declarados tales. Es necesario evitar el desagrado que ocasiona a los hombres honrados, el contacto y la familiaridad con aquellos a quienes la opinión pública rechaza como infamados.

Además de la fuerza permante de tierra y de mar, y de la Guardia Nacional, existe la fuerza pública permanente, encargada de la persecución de los criminales, y de la conservación de la tranquilidad pública en las ciudades y en los campos. Esta fuerza es la que comúnmente se llama Gendarmería. Participa del carácter militar del ejército, y de la naturaleza civil de la Guardia Nacional.

DERECHO CONSTITUCIONAL FILOSÓFICO

Este libro se terminó de imprimir en diciembre
de 2025, en las instalaciones de la imprenta

Q&P Impresores S.R.LTDA.

Av. Ignacio Merino N° 1546 - Lima - Perú

