

PENSAMIENTO JURIDICO DE DOMINGO F. SARMIENTO

I

**“LAS LECCIONES POPULARES DEL DERECHO”
“El progreso – Diario Comercial, Político y Literario”
Santiago de Chile - 1845**



**Dr. Pascual Eduardo Alferillo
Setiembre 2011**

Palabras preliminares

El presente estudio tiene como génesis un cordial dialogo con el abogado Enrique Miodosky, quién ejerciendo en ese momento la Presidencia del Foro de Abogados de San Juan, consultaba sobre los posibles nombres para designar el salón principal de conferencia de la institución, próximo a inaugurar.

Del intercambio de idea surgió el nombre de Domingo Faustino Sarmiento, tomando como fundamento, su accionar como Presidente de la República Argentina al promover la sanción y promulgación, a libro cerrado, del Código Civil redactado por el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield.

Evidentemente, la idea fue bien recepcionada en la Comisión Directiva de la institución y hoy, el salón central lleva su nombre.

Pero quedó en pie, latente, un deber científico, el de profundizar el conocimiento de la vinculación del prócer sanjuanino con la ciencia jurídica.

El cumplimiento parcial del débito investigativo comenzó a tomar forma cuando se intercambiaron algunas ideas con el abogado Renato López, a la sazón en ejercicio de la Presidencia de la Biblioteca Franklin que no solo se comprometió en apoyar el proyecto sino que publicitó el esfuerzo hecho por abogado Mauricio Meglioli, a quién calificó, con acierto, como mecenas de la institución por sus aportes y obtuvo la impresión de las filminas del diario “El Progreso” de Santiago de Chile del año 1845, en los cuales Domingo Faustino Sarmiento publicó “Las Lecciones Populares de Derecho”.

Para colaborar se le pidió a la abogada Verónica Benedetto, la posibilidad de que transcribiera en formato electrónico esos escritos así se favorecía a los lectores la

posibilidad de realizar su cita y transcripción desde la página electrónica de la Biblioteca de estas entregas periodísticas de Sarmiento.

El compromiso de mi parte asumido en nombre del Instituto Región Cuyo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, fue realizar un breve comentario desde la visión jurídica de las ideas expuestas en esa publicación en el marco de conmemoración del bicentenario de su nacimiento.

El esfuerzo conjunto ha sido realizado y este humilde aporte se pone a consideración de los lectores con la sola aspiración de colaborar en la divulgación del pensamiento jurídico de Sarmiento haciendo un comentario del primer estudio jurídico realizado sistemáticamente por prócer.

El estudio contiene implícita la promesa de continuar trabajando para difundir su labor como hombre preocupado y ocupado por el estudio del Derecho que no ha tenido el reconocimiento adecuado de la sociedad científica – jurídica y, muchos menos, de la sociedad en general.

Ahora bien, estas palabras preliminares, resultan ser el lugar propicio para destacar que “Las lecciones populares de Derecho” son una de las primeras expresiones escritas de una actividad periodística especializada que hoy es muy común en el ambiente de los profesionales del derecho, donde se conocen por su permanente consulta, diarios, semanarios y revistas con comentarios sobre temas jurídicos.

En sus lecciones, Sarmiento, incursionó en reflexiones sobre la historia de las instituciones jurídicas, sobre el modo como estaban en ese momento reglamentada (en el caso la Constitución de Chile vigente que toma como pie de comentario), sobre como era tratado el instituto en los distintos sistemas jurídicos y, finalmente, la prospectiva de las figuras jurídicas estudiadas.

Como se colige, el autor realizó el estudio conforme las exigencias que las modernas técnicas de enseñanza imponen para construir un trabajo de investigación que aspira la excelencia.

Este detalle, suma una estrella más al firmamento de luces legado por Sarmiento para que nuestra generación y las venideras defiendan la libertad de pensamiento para el conocimiento de la verdad a través del estudio, pues no existe libertad efectiva y menos duradera en los territorios presididos por la ignorancia.

PRIMERA PARTE

Introducción

Capítulo único

1. Palabras preliminares.

La fecha del bicentenario del nacimiento de Domingo Faustino Sarmiento, 15 de febrero 1811/2011, es un buen momento para reflexionar sobre una de las actividades menos difundidas de la vida y obra del prócer: su profunda vocación por el estudio y divulgación del Derecho.

La historia oficial de nuestro país le reservó un sitio de preferencia entre los hacedores de nuestra nacionalidad al reconocerle el título de “Maestro de América”, relegando a segundo plano, otras actividades igualmente relevantes.

El origen humilde de su familia fue un obstáculo insalvable a fin de acceder a los ámbitos formales de educación, especialmente al universitario que le hubiere permitido cursar la carrera de abogacía. Pero esta circunstancia de vida no le impidió conseguir su propósito de ser reconocido por su versación en temas jurídicos que lograra con un denodado esfuerzo personal.

En ese sentido, es válido recordar como momentos sobresalientes de su vinculación con temas jurídicos la publicación, en 1845, en el Diario “El Progreso” de Chile de sus “Lecciones populares de derecho”; en 1850, “Arjiropolis o la Capital de los Estados Confederados del Río de la Plata”; en setiembre de 1853, “Comentario de la Constitución de la Confederación Argentina” y, en 1854, “Derecho de ciudadanía en el Estado de Buenos Aires”.

En estos libros expuso su alta versación en temas jurídicos relacionado tanto con el derecho público como con el privado que había logrado mediante la auto formación.

De igual modo, en este breve recuento de la historia de su vinculación con la ciencia jurídica, cabe rescatar de los archivos para honrar su memoria, que fue el primer profesor de la Cátedra de Derecho Constitucional de la Universidad de Buenos Aires designado por decreto del día 27 de agosto de 1856 firmado por Valentín Alsina¹ y que, en su Presidencia se sancionó, a libro cerrado, el Código Civil redactado por el Dr. Dalmacio Vélez Sársfield².

También, se destaca como punto sobresaliente, el otorgamiento del título de Doctor en Leyes Honoris Causa por la Universidad de Michigan de los Estados Unidos, el 24 de junio 1867.

En esta investigación que tiene la noble aspiración de ser un tributo a Sarmiento, analizaremos el contenido doctrinario de la que entendemos como su primera expresión jurídica escrita de modo sistemático: las “Lecciones Populares de Derecho”.

¹ Dalla Via, Alberto Ricardo, “El Derecho Constitucional: Entre la doctrina y el discurso”, La Ley 2007-D, 1193. Este autor recuerda que “Sarmiento tuvo a su cargo el primer curso sobre la Constitución Nacional sancionada, que se dictara en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, conforme decreto de designación del 27 de agosto de 1856, firmado por Valentín Alsina. La base del mismo eran sus “Comentarios a la Constitución Nacional”, escrito en 1853 como primera obra docente. Las interpretaciones de Sarmiento volcadas en aquellos comentarios no estuvieron exentas de polémicas. De manera especial merece destacarse aquella muy célebre que entablara con Alberdi con motivo de la interpretación que el primero hacía del Preámbulo y del valor que, en su caso, cabía otorgarle al derecho norteamericano”

² Ley N° 340, sancionada el 25 de setiembre de 1869. Osvaldo Camisar, Oscar Fappiano, José A. Furque y Alberto Natale, “Los códigos de Derecho Privado en el Congreso Nacional”, 2 de octubre de 1987 transcriben y describen la discusión parlamentaria producida para la sanción de los códigos.

2. La vocación por el estudio y divulgación del derecho.

Respecto de Domingo F. Sarmiento existe consenso unánime entre los historiadores para aseverar que la vocación natural de su vida era la de adquirir conocimientos a través del estudio constante e informal y, a la par, transmitir los mismos. Ello le ha valido, sin discusión, su reconocimiento en el bronce de los tiempos como el “Maestro de América”.

Esa inclinación natural por aprehender y enseñar, de igual modo, se manifestó en otros ámbitos, destacándose, aún cuando no es conocida popularmente, su vocación por el estudio y difusión de las instituciones del Derecho.

A la edad de 34 años, cuando publica sus “Lecciones Populares de Derecho”, queda en claro de la lectura de esta primera serie de ensayos jurídicos que ya había realizado un pormenorizado e informal estudios de algunos institutos del Derecho y tenía la necesidad espiritual de hacer conocer sus puntos de vistas sobre distintos temas jurídicos a quienes no eran versados en la ciencia jurídica o académicos, sino por el contrario, a la gente común.

A esta altura de este breve repaso se puede aseverar que las limitaciones económicas que signaron su historia y su estilo de vida le impusieron para satisfacer su vocación la necesidad de instruirse por esfuerzo propio, pero ello le impidió tener el reconocimiento formal de su versación por parte de los claustros universitarios, con un título de grado.

La búsqueda de ese reconocimiento, publicita cual era su vocación profunda, lo que realmente quería ser en el mundo del saber.

Así, le transmite a Mitre que *“sería bueno que le viniese la idea a esa Universidad (la de Buenos Aires) de darme los títulos de doctor, como la de Oxford los dio al impresor Franklin, si bien no soy tan tonto que compare las cosas; pero siendo doctor en Chile, no*

*veo porque no me dispensarían ese honor que deshonran tantos otros*³.

De igual modo, hace conocer su deseo a Mary Mann en carta fechada el 6 de abril de 1868, al decir que *“si alguien me hiciera un cumplido tal en leyes [...] no se imagina usted qué efecto produciría en mi país, donde se tiene en mucho todo lo de los Estados Unidos [...] Este título honorario, por venir de una universidad tan renombrada, acabaría por romper el arma de mis opositores; pues allá valdría más que el de ellos, mostrando que aquí soy tenido en algo por los hombres notables”*⁴

La versación jurídica de Sarmiento fue, finalmente, reconocida el 24 de junio de 1867, cuando recibió de la Universidad de Michigan, el título de “Doctor en Leyes Honoris Causa”.

Por cierto, que la vocación por el derecho no comienza ni termina en el reconocimiento de su saber, sino que se manifiesta en sus escritos al advertir sobre la importancia que tenía para la consolidación de la independencia de los incipientes Estados Americanos, tanto el dictado de los códigos sustanciales como la organización de una adecuada Administración de Justicia, además de la ineludible formación de profesionales en el arte de las leyes.

La formación de profesionales técnicos en las Ciencias del Derecho, más allá de su búsqueda personal, fue una preocupación social de Sarmiento porque conocía de su escasez entre los pobladores y la importancia de tener profesionales avezados en ese saber para conformar los tribunales que se encargarían de la administración de la Justicia que era parte esencial de la estructura en los nuevos Estados.

Este aspecto es resaltado, años mas tarde con mayor precisión, cuando escribe en su Comentario de la Constitución que

³ Sarmiento – Mitre, “Correspondencia 1846 - 1868”, Museo Mitre, (Buenos Aires, Imprenta de Coni Hermanos 684, Perú, 1911), pág. 23.

⁴ Rube, Julio Horacio, “La Candidatura Presidencial de Sarmiento” – Capítulo IV: “Seré, pues, Presidente”, http://rediu.colegiomilitar.mil.ar/esp/ediciones/0310/articulos_originales/ReDiU_0310_art2-La_candidatura.pdf; Galván Moreno; C.; Radiografía de Sarmiento, Bs. As., Ed. Claridad, 1961, p. 258.

“en todos los tiempos, es verdad, han sido mas fáciles allí en otorgar diplomas en Europa, si bien la lei exigia haber sido, para obtenerlos, recibido bachiller en leyes en alguna Universidad. En 1836 Massachusetts, que es acaso el estado mas ilustrado, concedió por una lei el derecho de ser abogado bajo la sola condición de someterse a un examen público ante un jurado de jurisconsultos nombrados a cada sesión por el juez. En el Estado de Nueva-York igualmente culto, para adquirir el derecho de defender basta rendir un examen, del que saldrá lucido todo hombre intelijente que se haya tomado el trabajo de recorrer las obras de derecho. “Si no estoi mal informado, dice un viajero moralizando sobre estas leyes, léjos de oponerse los abogados de Nueva-York a la abolicion de lo que habrian considerado como un privilejio, se han pronunciado altamente en favor de la nueva lei; pidiendo solo que al mismo tiempo fuese abolida la tarifa que fijaba legalmente el precio de sus servicios, a fin de que la libre concurrencia fuese la lei en todo punto.” Citamos estos hechos no como modelos dignos de imitacion, sino como resultados a que podemos llegar un dia, por la codificacion de las leyes, el jurado, las Lejislaturas i la Constitucion misma. El hecho es que en casi todas esas provincias que van a constituirse, los jueces son legos, i los hombres un tanto instruidos suplen la falta de abogados que en algunas de ellas solo son conocidos en nombre o de reminiscencia⁵”.

Como se colige, Sarmiento se percató que no era el único caso de instrucción informal forjada con esfuerzo propio, sino que advirtió que su nación, la cual trataba de organizarse, no contaba con personas idóneas para asumir en plenitud la labor de administrar el servicio de Justicia, de allí la importancia de difundir el conocimiento del derecho no solo en los ámbitos universitarios generando profesionales capacitados, sino en el pueblo mismo para generar una ciudadanía relevante.

⁵ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina con numerosos documentos ilustrativos del texto”, (Santiago de Chile, Imprenta de Julio Belin I CA, Setiembre de 1853), pág. 175.

SEGUNDA PARTE

Las lecciones populares de Derecho

Capítulo I

Cuestiones generales

1. Aspectos generales.

Las “Lecciones Populares de Derecho” fueron publicadas, por Domingo Faustino Sarmiento, en “El Progreso – Diario Comercial, Político y Literario” de la República de Chile los días 4, 7, 8, 18 de enero; 20, 25, 26, 27 de febrero y 3, 4, 11, 24 de enero del año 1845, durante su estadía en ese país.

En las entregas correspondientes al primer mes desarrolla una introducción a los temas jurídicos, exponiendo sobre el derecho español aún vigente y dando algunas definiciones que serán motivo de un pormenorizado análisis en este ensayo histórico jurídico.

En el mes de febrero centralizó sus cavilaciones sobre temas del derecho público, relacionados a como debía entenderse la división de los poderes en el Estado moderno.

Finalmente, en marzo de 1845, completa su propuesta examinando el rol del poder judicial, terminando la entrega periodística con el análisis de temas del Derecho Civil, particularmente, el matrimonio y la familia.

Esta primera expresión ordenada de su pensamiento sobre distintas instituciones jurídicas, tiene un fuerte contenido político pues procura por sobre toda otra circunstancia dar respuestas a los problemas del momento histórico en que se encuentra, mezclando los antecedentes y problemáticas de su propio país de origen con los de Chile, que en muchos temas eran comunes.

Cuando hacíamos referencia a la impronta política era para destacar que su observación crítica estaba focalizada en combatir,

como era su estilo natural, los resabios del *ancien régime* representado, en nuestro caso, por la influencia cultural española transmitida a nuestro pueblo por la prolongada dominación.

Ello era el paso primero y necesario para comenzar con la construcción del Estado Argentino sobre bases jurídicas propias que le dieran identidad como nación.

En función de ello, explicitaremos algunos aspectos que merecen un examen particular por su trascendencia histórica y, fundamentalmente, para su rescate como valor adoptable por las nuevas generaciones de argentinos.

2. La divulgación popular del conocimiento del derecho.

Su profunda preocupación por la educación del pueblo no fue menos con la divulgación del saber jurídico, pues entendía como nadie que *“la necesidad mas esencial de los tiempos modernos es la de vulgarizar los conocimientos humanos todo lo que sea posible, porque se trata de elevar al pueblo a la altura a que es llamado políticamente en nuestro siglo. Hasta la filosofía a tomado las sandalias de la plebe para correr por sus filas y doctrinarla”* (4/1/1845).

Esta fue la razón que impulsó la redacción de sus “Lecciones Populares de Derecho”, pues estaba convencido que se debía hacer lo mismo con la jurisprudencia para que todo el mundo se familiarizara con ella. Como decía *“no escribimos para los abogados, que saben mas que nosotros sino para el pueblo”* (4/1/1845).

Sarmiento tenía perfectamente en claro que para consolidar al Estado Argentino que salía *“del reino desenfrenado de la violencia y de la fuerza brutal, es preciso levantar muy alto por todas partes el pendón de la justicia y del derecho”*⁶, era ineludible

⁶ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios...”, pág. 44/45.

proveerlo de su estructura normativa que principiaba con el dictado de la Constitución Nacional y sus códigos sustanciales.

Pero, la tarea no se agotaba en ello sino que continuaba con *“la difusión, pues, de los códigos llevarán a todas las provincias las nociones que de los principios del derecho y de las disposiciones legales son en ellas tan escasas, ya que no es posible improvisar de un golpe el número de abogados que hayan hecho estudios clásicos”*. En otras palabras, *“los códigos de Comercio y Civil popularizados, ponen a nuestro pueblo en mejores condiciones que otros, para desempeñar las funciones de la ciudadanía a que vamos preparándonos lenta pero seguramente”*⁷.

La ardua labor que proponía Sarmiento para su generación: sancionar las leyes fundamentales y darlas a conocer al pueblo, tenía por finalidad no sólo ordenar la estructura institucional del país para facilitar el desarrollo de su producción primaria (agrícola ganadera) e industrial y, con ello, el progreso económico del país, sino también, para alcanzar a conformar una ciudadanía jurídicamente instruida que garantizara la vigencia del Derecho en el Estado que estaban construyendo. Por cuanto, dicho en sus palabras, *“la libertad tiene por garantía la ley, y nada hay que mas desenvuelva la actividad de un pueblo que el conocimiento de los límites en que debe circunscribir su acción para no agredir los derechos ajenos”*⁸.

La vigencia de su pensamiento es incontestable, pues no se puede concebir en el siglo XXI la existencia de un hombre libre si no tiene el conocimiento que le permita distinguir lo bueno de lo malo; no se puede concebir la existencia de un ciudadano real si no conoce sus derechos, no solo para exigir la vigencia de los mismos en su favor sino fundamentalmente para respetar los de sus pares. No se construye ciudadanía sobre la ignorancia.

⁷ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios...”, pág. 173/174

⁸ Mensaje del Presidente de la República Domingo Faustino Sarmiento, al abrir las Sesiones del Congreso – mayo de 1874, (Buenos Aires, Imprenta de la Tribuna, Victoria 81, 1874)

⁹ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios...”, pág. 173/174

Sin lugar a duda que hoy Sarmiento, con la fuerza del viento zonda, sostendría que la educación integral del hombre es un Derecho Humano esencial, pues como enseñaba: *“no hay hombres grandes sin virtudes, como no hay pueblo sin respecto a los derechos”*¹⁰.

3. El concepto de ley.

En el diario del 18 de enero de 1845, Sarmiento, inicia sus reflexiones procurando precisar el concepto de ley.

En ese esfuerzo marca que *“una cosa es la razón, esta lei de las leyes, otra el Derecho. La razón es inmortal como su autor, el derecho perecedero como el ombre: la una eterna, porque vive de si misma i en las regiones superiores qe no conocen el termómetro ni los años, el otro cronológico porque no vive sino en el tiempo, este revolucionario por eselencia, aquel es fin, progresiva, pacífica y naturalmente porque se revela cada vez más a la unidad: está estacionado por naturaleza, mientras está vijente como una estatua de ierro”*. (18/01/1845).

Es decir, diferencia perfectamente el concepto de ley humana de la ley natural o divina, conforme sea la concepción que se revela a los hombres a través, de la razón.

Por ello, precisa que, para él, Derecho es *“la colección de leyes simplemente, es decir una cosa tan positiva como cualquiera otra i qe a sido necesario formular, en alguna parte, porque la razón misma no es siempre clara i perfecta como la de nuestro padre Adán antes de la trasgresión”*. Es decir, *“la palabra lei empleada fuera del ombre deja de encerrar dos ideas qe le son esenciales, una de desobediencia i otra de castigo. El derecho es pues siempre un mandato, lícito según qe esté conforme momento al de la civilización. Derecho por ejemplo era el Canónico en la edad media cuando la filosofía no le abía negado aún a la Iglesia la facultad de legislar civilmente”*.

¹⁰ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios...”, pág. 45.

Como se colige, Sarmiento admitía, con sincretismo, la existencia de un derecho positivo que era el derecho escrito vigente, el dado por los poderes legisferantes del Estado, pero a la par reconocía la existencia de un orden jurídico superior, absoluto, perfecto. Leyes que se revelan al hombre a través de la razón, de ahí su recuerdo por la fórmula sacramental que usa la Iglesia Católica: *“Es el nombre de Dios Todo Poderoso i creador i Suremo Lejislador del Universo”* (25/2/1845). Es decir, para él, Dios era el legislador de las leyes absolutas y el hombre, de las leyes relativas, las normas positivas vigentes en un país en determinado momento.

4. El hombre como centro de las preocupaciones jurídicas.

Toda la preocupación, en la entrega del día 18 de enero de 1845, era para fundamentar que *“el derecho no puede tener otra base ni órbita que el ombre. El ombre considerado como ciudadano dá orijen al Derecho Constitucional. Considerado como capaz de propiedad, al derecho privado o civil qe se subdivide en derecho civil propiamente i derecho criminal. Considerado como miembro de una iglesia dominante al Derecho Canónico. Considerado, en fin, como ser moral y razonable en toda la tierra, a lo qe se llama Derecho Internacional i qe mejor se diría moral internacional; pues no es otra cosa qe la moral umana practicada por estado independientes i cuya sanción no se alla sino el en cielo.”* (18/01/1845)

La trascendencia de este pensamiento de Sarmiento quizás, en la actualidad, pueda ser comprendido en su real dimensión, por algunos estudiosos, pues la Constitución Nacional dictada bajo la inspiración de Alberdi y su reglamentación en el Código Civil, miraron y, así legislaron, al hombre como un elemento más de las relaciones jurídicas. Para esa legislación que da origen a la estructura de nuestro Estado argentino, era importante asegurarle la vigencia de sus derechos fundamentales al hombre para que pudiera producir y comercializar y de ese modo propender al

crecimiento económico de la nación. Es por ello que se legisló y protegió con especial énfasis, la libertad, la igualdad y al derecho de propiedad.

Sarmiento, propugnaba que el objeto central del Derecho debía ser el hombre despojado de sus participaciones como elementos de relaciones políticas, civiles, comerciales, penales, etc.

Esta idea ha sido expuesta en tiempo recientes en distintas conferencias y publicaciones, en las cuales, luego de llevar a cabo un análisis de las consecuencias jurídicas de la incorporación de los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos suscriptos por la Argentina en el plexo normativo de la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22), se verifica que el hombre debe ocupar el sitio de preferencia, debe ser el eje, en el sistema normativo actual, por encima del derecho patrimonial. En otras palabras, se rescató al “ser humano en *si proprio*”, en su esencia, y, luego, si se lo regla como elemento subjetivo de las distintas relaciones jurídicas en las cuales puede participar.¹¹

Para cerrar el punto con una cita notable, cabe transcribir la doctrina del fallo “Aquino Isacio...” dictado por la Corte de Justicia de la Nación en el año 2004, donde se dijo que “*el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo — más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental*”¹².

¹¹ Alferillo, Pascual Eduardo, “La constitución Nacional y el Derecho de daños”, Revista Responsabilidad Civil y Seguros, año XIII N° 4 abril 2011, pág. 31; “La constitucionalización del Derecho de Daño” en “Liber amicorum – Homenaje al Prof. Luis Moisset de Espanés”, Tª II – Advocatus – Córdoba, 2010, pág. 81.

¹² CSJN, 21/09/2004, A. 2652. XXXVIII, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Sup. Especial La Ley 2004 (septiembre), 39; DJ 29/09/2004, 339; DT 2004 (septiembre), 1286; DJ 06/10/2004, 394; RCyS 2004-IX, 122; ED 25/10/2004, 5; DJ 10/11/2004, 798; IMP 2004-21, 131; TySS //2004, 778.

De la simple lectura se infiere la similitud del pensamiento de Sarmiento con el expuesto por la Corte Federal.
Sobran las palabras.

Capítulo II

La función histórica – política del Derecho

1. El derecho como instrumento para consolidar la Revolución de Mayo.

En las modernas doctrinas de los autores se estudia la función que le cabe cumplir al Derecho en su relación con los distintos sistemas socio - económicos dentro del Estado moderno nacido con la Revolución Francesa.¹³

En ese sentido se ha entendido que, en la primera etapa, cuando primaba el Estado Liberal, la ideología imperante era “dejar hacer – dejar pasar”. En ese contexto, el derecho era un mero testigo de la evolución natural de la sociedad, en la cual se hacía un culto de la libertad de las fuerzas de la economía. Allí, los jueces eran meros exegetas de la ley, aplicadores de la voluntad legislativa.

Mas adelante, cuando aparece el Estado intervencionista en la economía que algunos denominan “Estado Social”, el derecho cumple un rol protagónico como es direccionar a las fuerzas productivas con un sentido social (Welfare State, Estado de Bienestar, etc.), particularmente brindando protección de las partes mas débiles, particularmente a la clase trabajadora.

Finalmente, en la etapa post industrial o era del conocimiento donde se ha puesto en crisis hasta la nación como unidad política y al intervencionismo estatal en la economía, fundamentalmente atendiendo a la complejidad de las relaciones humanas se habla que la función del Derecho es la de orientar la solución de los conflictos.

¹³ Reich, Norbert (Zerp – Bremen) “Formas de socialización de la economía. Reflexiones sobre la post – modernidad en la teoría jurídica” en el libro “Derecho y Economía en el Estado Social” (Tecnos, España, 1988), pág. 95.

Estas breves reflexiones vienen a colación para entender las razones que inspiraban el pensamiento de Sarmiento que con agudeza observaba el desarrollo histórico de su país, iniciado con la Revolución de Mayo y que por los desentendimientos internos se había ingresado en una larga etapa de guerra interior, la cual atentaba contra toda posibilidad de ordenar institucionalmente a su país de un modo estable.

Es por ello que antes del triunfo de Urquiza sobre Rosas (1852), Sarmiento desde el exilio predicaba la necesidad de promover la creación de un derecho nuevo, propio para nuestro país. Así señalaba que *“acia tresientos años qe caminábamos sin cuidarnos de nada a pesar de las lagrimas q vertíamos. Vino un dia en qe se nos antojo levantar la cabeza como lo qe abia encima de nosotros no era mas qe fatalidad, cayó en mil pedazos. Este es pues un echo consumado. La Europa lo conoce, y nosotros mas qe ella. Pero los vínculos de idioma y leyes, no se rompen tan fácilmente como las cadenas”*(7/1/1845).

Luego de esta descripción es más severo con sus observaciones y hace una crítica a sus contemporáneos cuando marca la deficiencia y precisa las razones por las cuales se produce, al decir que *“ai están nuestros errores mismos qe lo confirman, nuestra pobreza creadora pues no obstante nuestro cambio fundamental, reglamentan aún leyes estrañas mucha parte del procedimiento y del poder judicial, aunque lo tenemos anunciado por otra parte tan independiente como los otros”*(07/01/1845)

A partir de esa idea inspiradora no ahorra en reproches contra la estructura normativa legada por España a sus colonias, especialmente contra *“la célebre recopilación de Indias, pieza istórica a la vez qe legislativa, obra de colonización más bien qe de ciencia, i por consiguiente viejo arapo entre nosotros, qe no merece ciertamente el respeto qe se les tributa. Verdad es qe a sido el último código i qe se lleva la preferencia por la regla general de qe las leyes posteriores derogan a las anteriores, pero también es verdad qe ninguno más qe el a sido pulverizado por nuestro echo revolucionario, i verdad sobre todo de qe aún mirado artísticamente, es el más íntimo de nuestros cuerpos de leyes. Basta*

abrirles para encontrar asinados sin métodos ni orden todos los derechos sociales: es más bien una constitución que un código civil i constitución como podía salir de manos de Felipe II que fue quien la comenzó, intolerante por principios i gran manera, si se quiere bajo Clemente X, pero tirano sanguinario por la historia imparcial” (07/01/1845). Igual crítica realiza contra la Nueva y Novísima Recopilación de las Leyes de España mandadas a aplicar a las Colonias.

Evidentemente, más que un análisis jurídico de la calidad de las leyes españolas su escrito es un panegírico contra la continuidad de la vigencia en su país de las mismas pues entendía que no podía consolidarse el proceso de independencia sin la ruptura del vínculo normativo y, menos aún, construir el nuevo Estado en el territorio de la República Argentina.

Como se sabe, dictar las propias leyes es parte de la soberanía de un país y esta tarea, Sarmiento advertía que se encontraba inconclusa.

Este día, como conclusión, reflexionó aseverando que “*a pesar de nuestra revolución i aún después de su triunfo, tenemos que explicar la presencia y validez de estos códigos por principios que le son contrarios, puesto que no son más que una reminiscencia de las leyes viejas. Preguntamos, si esto no merece acerca desaparecer como un borron de nuestra exégesis jurídica” (7/1/1845)*

Sin perjuicio de anticipar la necesidad de iniciar una etapa nueva y propia para consolidar la independencia política con el dictado de leyes vernáculas, no le impidió admirar a las Siete Partidas al decir que “*nos encontramos con un verdadero monumento con un trabajo que a pesar de sus defectos se considera justamente como la corona honorable de un siglo. Ablamos de las Partidas, que merecieron a su autor el renombre de Sábio en el mundo civilizado i que no le cegaremos nosotros, considerando que es obra del siglo XIII. Un árbol es una pirámide cuando se le ve solo en una llanura. Las Partidas no tenían igual asta entonces en su idioma ni después.*

Este trabajo considerable se acabó el año de 1260... pero no se publico como ley del estado sino en el siglo siguiente, bajo

Alfonso el justiciero i tal vez recibió de aqui su nombre. Monumento lejislativo es la mejor colección de jurisprudencia en la edad media: monumento literario sirvió para fijar la lengua Española qe parece aber sufrido menos cambio desde esta época qe los qe sufrieran desde la traducción del Fuero Juzgo en el espacio solo de medio siglo” (07/01/1845)

Sin embargo, el miércoles 8 de enero de 1845, luego de reflexionar sobre la prelación del derecho español en nuestra tierra y de comparar para marcar las dificultades de su aplicación, retorna a su preocupación central al decir que *“la revolución a debido modificar mucho es cierto, por el solo echo de surgir quebrantándolo todo; pero asta ahora no sabemos qe se acuerden de ella para nada nuestros jueces ni nuestros abogados. Para ellos, la revolución no es más qe un echo i no un derecho ¿Qué importa la república? ¿Qué importa la civilización actual? La ley de España lo dice; esa ley qe como su idioma i su sangre, es una mezcla de tantas otras, nosotros no emos tenido tiempo de hacer mejores.*

Y esta revolución, sin embargo, a sido enérgica cual ninguna, en sus primeros tipos militares: “si la naturaleza se opone a nuestros esfuerzos, decía Bolivar, lucharemos contra ella, y aremos qe nos obedezca”: Reformadora en sus ombres de inteligencia- “abramos, se exclamó entonces en una junta patriótica; abramos la época de nuestra libertad civil y demos a nuestras esperanzas la realidad qe merecen”: sublime en el pueblo- no tengo sino cuatro meses de edad respondía una mujer anciana, estos cuatro meses eran los qe abian corrido desde el 25 de mayo” (08/01/1845).

Para Sarmiento habíamos sido lo suficientemente enérgicos en nuestras concepciones independentistas pero esa preocupación no había alcanzado aún, en 1845, para darnos un derecho propio.

Por cierto, que en ese tiempo post revolucionario de mayo, las ideas de cómo construir la identidad nacional, adoptaban las mas diversas formas y en el marco del pensamiento jurídico no faltó quién propusiera hacer uso del derecho de Justiniano o de Gregorio como estatuto vigente. Contra esta concepción, alzó su voz diciendo que *“esfuércense en ora buena, son muy dignos de estudio*

pero no se qieran alejar como si fuéramos una provincia romanas o vasallos de gran feudo de la Iglesia i con todo qe establecer una distinción importante. El derecho romano no vale para nosotros sino como ciencia, como idea madre, aunque bien concebimos por sé a debido valer más para los Españoles subyugados por los romanos, es natural qe les qedara la costumbre. No sucede lo mismo con el canónico. Este es una necesidad todavía, presto qe existe el poder qe le dictó y qe existe frente a frente con la sociedad aspirando a igualarla” (08/01/1845).

El derecho romano como precedente indirecto y el derecho canónico como realidad imperante y reconocible en ese momento, permanecieron en el debate de los juristas y fue uno de los temas centrales en las definiciones normativas que adoptó Vélez Sarsfield al redactar el Código Civil, cuyas cavilaciones dejo impresas en sus notas.

Capítulo IV

Primeros bosquejos de cómo estructurar el Estado.

1. Introducción.

En las entregas periodísticas de los días 20, 25, 26 y 27 del mes de febrero expone su pensamiento sobre Derecho Constitucional, particularmente respecto de la importancia de la división de los poderes describiendo las funciones del poder ejecutivo y legislativo.

Este cuadro de derecho público, es completado con la publicación del 3 de marzo de 1845, donde explicita sus ideas respecto del poder judicial.

En estos escritos Sarmiento toma como punto de referencia para efectuar sus primeras reflexiones sobre derecho constitucional que luego profundizara en sus estudios, el texto de la Constitución de Chile, país donde vivía su exilio, la cual dictada en fecha 22 de mayo de 1833 y tuvo vigencia hasta las primeras décadas del siglo XX.

Así es remarcado cuando describe que *“La República de Chile por lo demás es una e indivisible, esto debe entenderse política i religiosamente, porque en cuanto a su administración el territorio está dividido, como diremos después, Políticamente, porque está constituida bajo el sistema unitario: relijiosamente porque no consiente el ejercicio de ninguna otra relijión qe la Católica, Apostólica y Romana, estas an sido sus primeras palabras i últimas”* (1801/1845).

La descripción del unitarismo religioso de inmediato le hace reaccionar sosteniendo que *“confiamos qe un día desaparecerá todo esto, i qe no será a nombre de la tolerancia, sino de la libertad. La tolerancia es una idea soberanamente injusta, mientras sea cierto qe la diferencia de relijion no es un crimen”* (20.02/1845).

A continuación, focaliza su atención en el sistema adoptado para administrar el país, el cual analizaremos a continuación.

2. El concepto de pueblo.

Aún cuando es escrito por Sarmiento, en la última entrega del mes de febrero después de examinar la composición y las facultades del poder ejecutivo y legislativo, estimamos que debemos traer, en primer término, su pensamiento sobre la conceptualización que realiza del término “pueblo”.

Al respecto dice que *“nada mas débil, a la verdad, que definir esas palabras primitivas que designan naturalmente las cosas. El pueblo es de estas palabras, i parece imposible determinarlo bien sin imitar a Diojenes en su definición ridícula del ombre. Lo mejor seria mostrar la escena trajica, pero eroica, de una revolución popular.*

El pueblo no es una fracción del Estado, sino la unidad indivisible. Solo un demagogo furioso puede pretender alejar del pueblo a los sabios, ancianos i ricos. Solo un aristócrata infatuado con sus títulos puede llamar canalla a los ignorantes, jóvenes y gran cuerpo de proletariado. Pueblo, sociedad, Estado, son pues sinónimos. Así, ablariase mui exactamente diciendo qe el pueblo es el pueblo, y no que las masas son el pueblo; porque esta proposición no seria democrática sino demagojica: seria poner en relieve la ignorancia, esta lepra del mundo; seria salmodiar alegremente las tinieblas; seria, en fin, provocar una segunda irrupción de Vandalos. No: el pueblo, en otros términos, es el genero umano circunscripto a los limites de cierto territorio. Dentro de estos, todo es pueblo: fuera ai ermanos, pero no conciudadanos.

Como se colige, la complejidad para definir el concepto de pueblo es denunciada por Sarmiento quién trata de dar su propia definición indicando que para él pueblo, sociedad y estado son palabras equivalentes de donde al conjugarlas precisa que los hombres que viven dentro de un determinado territorio son pueblo.

Mirado estos conceptos, desde la evolución actual de la ciencia jurídica, se podría decir que en la definición no se indica que sea el territorio demarcado por el Estado lo que identifique al

pueblo, sino deja abierta la posibilidad que existan varios pueblos distintos dentro de esta unidad política.

Avanzando en el conocimiento de su pensamiento verificamos que su admiración y respeto por la voluntad popular le lleva a decir que “*el primer rei, como la primera aristocracia, es el pueblo.*”

E ai la superioridad en que estan fundados sus títulos a la soberanía; o mas bien, la soberanía no es otra cosa que la suma, la formula, el emblema de esta superioridad, o como se a dicho muy bien, la traduccion umana de la omnipotencia divina.

De donde se sigue que no ai soberanía sino en la voluntad colectiva del pueblo: no ai medios entre todos i ninguno. Cuando se tiene que dar diez pasos, nueve son la mitad del camino, dicen los chilenos.

Sigese también de aqui, que la soberanía es un echo primordial, el echo generador de todos los echos sociales” (27/02/1845).

Sin embargo, el realismo de sus razonamientos que lo caracterizó, marca rápidamente que “*los pueblos no abitan en el cielo sino en la tierra: luego, si no ai poder que no venga de ellos, todo poder tiene su origen en la tierra...*”

El pueblo delega, pero no da la soberanía; luego no la pierde por el echo de nombrar sus representantes. Un pueblo no es como un rei, que puede abdicar su corona, porque la tiene de Dios, i no de los ombres.

Otro resultado riguroso de todo lo que precede, es que no debe haber más potestad suprema que la representación nacional, o el pueblo: los otros poderes son prestados o emanaciones subalternas” (27/02/1845).

3. Reflexiones sobre el poder ejecutivo administrador.

En esta parte del trabajo sobresale la característica principal de sus escritos que es enseñar a la gente común, al pueblo lector.

Ello es así, por cuanto trata de enseñar de una manera sencilla y práctica, cuales son las funciones que debe cumplir el poder ejecutivo cuando administra el país.

En ese sentido advierte, sobre la base de reconocer que efectúa el análisis de un país estructurado sobre la ideología unitaria que *“este poder, como meramente de acción i no de legislación, a tenido siempre qe dividirse i subdividirse, atenta la estención i sinuosidad del territorio.*

El Estado en general tiene un Presidente qe es el jefe del Poder Ejecutivo i cada Provincia un Intendente, cada Departamento un gobernador, cada subdelegación un subdelegado, i cada distrito un Inspector: todos más o menos agentes de la autoridad superior. La duración de la presidencia es de cinco años aunque puedan ser reelectos por segunda vez: para la tercera se necesitaría un intermedio de cinco años. La de los Intendentes i Gobernadores es de tres años, pudiendo ser removidos los Gobernadores por los Intendentes, a quienes están subordinados con aprobación del Presidente: su nombramiento puede repetirse indefinidamente. La de los Subdelegados es de dos años, aunque el Gobernador tiene facultad para renovarlos cuando quiera, dando los motivos al Intendente pueden también ser nombrados indefinidamente” (20/02/1845).

Pronto, en su análisis de conveniencia de este sistema, Sarmiento pone coto a la subordinación del poder central de los estamentos inferiores cuando dice que *“todos estos resortes conservan la más rigurosa unidad deseable, no de otra manera qe la administración del autócrata ruso; i sería su jefe supremo verdaderamente tan temible como este, si no fuera qe tenemos contrapesada esta unidad exorbitante por la independencia de los demás poderes”* (20/02/1845)

En otras palabras, rescata la importancia que tiene la división e independencia de los otros poderes (legislativo y judicial) para mantener el equilibrio y no llegar a sistemas autocráticos o totalitario.

Mas adelante con gran capacidad didáctica cita las prerrogativas internacionales y las del régimen interior que tiene el Poder Ejecutivo.

Respecto de la primera, sostuvo que *“estas son las que constituyen su carácter público por la necesidad de separación de los otros ciudadanos cuya soberanía desempeña colectivamente con los demás poderes.*

Desde luego la lei le concede como un delegado de pueblo, la facultad de enviar i recibir Embajadores. Esta prerrogativa proviene de la dificultad natural para entenderse entre sí los individuos de un estado con los de otro igualmente numeroso, pues faltaria toda unanimidad en las transacciones...

Es también otra de sus facultades concluir firmar todos los tratados de paz, de alianza de comercio; pero como para que sean firmemente valederos es menester que se contraigan por el poder soberano i esste no reside por nuestras doctrinas constitucionales sino en el Congreso, se sigue que deben dichos tratados presentarse a este para su aprobación, antes de ratificarse...

Por los mismos principios a él le pertenece declarar la guerra i la paz, con previa aprobación de las Cámaras, concediendo el efecto patente de corso i letras de represalia: porque se juzga que el Estado no toma parte en las ostilidades de los particulares a menos de apoyarlas públicamente. Asi se considera a estos por las leyes de algunos países como piratas i bandidos cuando no a precedido acto ninguno de gobierno i de aqi resulta también la necesidad de la declaración no tanto porque el enemigo se ponga en guardia cuanto porque sea patente a todos que la guerra se a emprendido por la autoridad pública i no por particulares. Tan cierto es esto que oi nos parece ya fábula la costumbre de los fiorentinos de hacer oír la Martinella por un mes consecutivo antes de salir al ejército, para dar tiempo al enemigo de ponerse en defensa...” (20/02/1845).

Como se lee estas potestades del poder ejecutivo son las que corresponden al ejercicio de la soberanía exterior del país.

En cuanto a las segundas, también calificadas como correspondientes a la soberanía interior, enseñaba a sus lectores que *“tiene derecho a concurrir a la formación de las leyes en cuanto todo proyecto aprobado por las Cámaras debe remitírsele para su aprobación i promulgación. Si quiere desaprobarlo, debe volverle a la Cámara de su orijen con las observaciones convenientes, dentro de 15 días, cuando la reprobación sea en parte solamente; pues cuando es total, se tiene por no propuesto i no podrá proponerse tampoco en la sesión del miso año...”*

El presidente es considerado, en segundo lugar, como el Jeneralísimo, el primer Comandante militar en cuya calidad puede disponer de la fuerza de mar i tierra, organiarlos i distribuirlos según lo allase por conveniente i mandarlas en fin en persona con acuerdo de Senado, o en su receso de la Comisión Conservadora. En este caso podrá residir en cualquier parte del territorio ocupado por las armas chilenas. En una consecuencia de este carácter declarar en estado de sitio algún punto de la República con acuerdo del Consejo i por determinado tiempo; lo qe solamente se entinde en el caso de ataje exterior, pues en el de conmociones internas, esa declaración corresponde al Congreso. Sin embargo si este no se allase reunido puede igualmente acerla por determinando tiempo i con acuerdo del Consejo. Su declaración se tendrá entonces por una proposición de lei.

Otro carácter en el qe se le considera en las relaciones interiores, es el de ejecutor de las leyes i protector de la paz pública. Así a él le toca velar sobre la pronta administración de la justicia i conducta ministerial de los magistrados; conceder indultos particulares con acuerdo del Consejo; nombrar para los tribunales supremos i juzgados de 1ª Instancia. Por el mismo principio, todos los objetos de policía i todos los establecimientos públicos están bajo su inspección.

El presidente es además, la fuente de los honores o empleos, i el administrador del tesoro nacional, pues es él quien elije o remueve a su voluntad los Ministros del despacho, los consejeros de

Estado, los Enviados diplomáticos, los Intendentes de provincia i Gobernadores de plaza; él quien provee a los demás puestos i militares procediendo con acuerdo del Senado o en su receso, con el de la Comisión Conservadora, para los grados superiores, aunque en el campo de batalla bien podrá conferirlos por sí solo: él, quien destituye con dicho acuerdo, si los empleados son de alto rango o con informe del respectivo jefe, si son subalternos: él, quien concede jubilaciones, retiros, licencias i goces de montepío: él, por último, quien cuida de la recaudación e inversión de las rentas públicas con arreglo a la lei.

En fin, el Presidente es según nuestras leyes, el jefe inmediato de la iglesia nacional por delegación de la soberanía.

En virtud de esta autoridad ejerce las atribuciones del Patronato de las iglesias, beneficios i personas eclesiásticas: concede el pase o retiene los decretos breves irrescriptos, con acuerdo del Consejo. Si contuviese disposiciones generales, solo podrá otorgarse el pase o retenerse por medio de una lei...” (20/02/1845).

El día 25 de febrero de 1845, Sarmiento comenzó a exponer sobre los deberes que tenía que cumplir la Presidencia que ejercía el poder ejecutivo, recordando y criticando la formula de juramento que decía: *“juro por Dios nuestro Señor i estos Santos Evangelios, qe desempeñaré fielmente el cargo de Presidente de la República qe observaré i protegeré la relijion católica, apostólica y romana; qe preservaré la integridad e independenciam de la República; i qe guardaré i aré guardar la Constitución i las leyes. Así aré Dios me ayude i sea en mi defensa i sino me lo demande”* pues entendía que se trataba de una *“vana formalidad, si se quiere; especie de panacea política pero qe está sancionada por la moda i qe no implica oi sino la promesa de cumplir bien con sus obligaciones. Después de esto, todos sus deberes pueden reducirse a un precepto federal: pa observancia propia i ajena de la legislación del pais”* (25/02/1845).

La parte sustancial de su pensamiento la expone luego de referenciar las funciones de los ministros y del Consejo de Estado, en las conclusiones al decir que *“necesitamos advertir qe emos*

usado de la palabra Poder Ejecutivo, como usaremos en delante de la de Poder Judicial, solo en defecto de otras.

En nuestra opinión, estos poderes simbolizan la fuerza, como el legislador simboliza la libertad; i por consiguiente, merecían mas bien llamarse poderes coercitivos. No reconocemos otros elementos e la sociedad ni en el ombre.

¿Qué son efectivamente estos poderes? La acción continuada i literal de la soberanía; el uno sobre el cuerpo entero i el otro sobre los individuos separadamente. No ai mas ni menos. Los que ablan de una soberanía indivisible i que sin embargo, la dividen en tres poderes son bufones que quieren hacer un juego ininteligible de las palabras, i como tales, inconsecuentes” (25.02/1845).

En estas palabras se encuentra su opinión sobre la discusión que atrapó a los pensadores de su tiempo que era diferenciar entre el poder del Estado y las funciones que se ejercían, como era la ejecutiva, la legislativa y la judicial.

En sus términos se advierte algún resabio de los primeros pensadores después de concretada la revolución francesa que buscaban respuestas a esa distinción, pues ellos incluían dentro de la función ejecutiva, no solo al poder ejecutivo sino también al judicial que debían cumplir y hacer cumplir la legislación dada, separando a la labor de dictar las normas reservada para el poder legisferante.

Sin perjuicio de procurar diferenciar cada una de las funciones del poder soberano del Estado entendía que “no ai, para nosotros segun esto, mas que un poder verdaderamente soberano e independiente: a saber: el pueblo o la representación nacional. Los otros no gozan sino de una independencia relativa, que consiste en la aplicación actual de las leyes antiguas no derogadas i en la ejecución futura de las leyes nuevas; leyes todas que viven solo la vida del pueblo, saliendo de él i refundiéndose en él. En otros términos: no sufrir resistencias en la verificación de las leyes existentes, es toda la base de su independencia. No ser obligados a ejecutar en el pasado leyes nuevamente creadas el paládium de esa misma independencia.

Fuera de aquí, está el pueblo ante el cual todas las autoridades tienen que abdicar sus coronas.

I al lado del pueblo está la ley, círculo de bronce que no pueden traspasar ni los Gobiernos ni los jueces, sin ser tiranos; porque detrás de la regla está la tiranía, i detrás de la pluralidad, el individualismo”.

Como se colige de este párrafo retorna a su preocupación que es casi una obsesión la de construir, con su dictado, un nuevo sistema normativo diferente e independiente de la herencia española que aún perduraba en la costumbre de su pueblo a pesar de la revolución proclamada.

4. Meditaciones sobre el poder legislativo.

Las características y facultades del Congreso chileno son descritas por Sarmiento siguiendo la estructura de la dogmática vigente en ese país.

Al respecto señala, en el artículo publicado el martes 25 de febrero de 1845 que el “*Poder Lejislativo, reside en un Congreso compuesto de dos cámaras; una de Diputados i otra de Senadores. Delegada de pueblo mismo su poder i jurisdicción son tan trascendentales i absolutos que no ai limites que le sean asignables. Si una lei del Congreso ordenase, como el edicto de Herodes matar a todos los recién nacidos concebimos bien que los jueces renunciarían sus oficios por no darle cumplimiento, pero no estarían autorizados para declararla nula. No conocemos en la forma ordinaria nuestra constitución, poder ninguno con suficiente prestigio para oponérsele. De otro modo la soberanía sería un fantasma sentado sobre un banco de vidrio*” (25/02/1845)

Como se deduce el pensamiento de expuesto por Sarmiento esta cultivado en la más pura esencia de la revolución francesa, donde se elaboró como doctrina que los jueces eran meros exegetas de la voluntad del legislador plasmada en la ley dictada.

La centralidad del sistema la encontraba en la voluntad del pueblo que se expresaba por el Congreso, de ahí que la misma no reconocías sino sus propios límites.

Ello lo explica cuando dice que “*su inteligencia, pues, vaga por encima de todo i su brazo, si nos es permitido espresarnos así, es tan largo como el del pueblo. Puede en virtud de su omnipotencia, hacer, confirmar, estender, restrijir i derogar las leyes de cualquier jénero qe sean i bajo cualquiera denominación eclesiástica o temporales civiles, militares, marítimas o criminales. Puede alterar la relijion nacional, cambiar i crear de nuevo la Constitución. Puede en una palabra, hacer todo lo qe no es naturalmente impible como de ombre una mujer, de una mujer un ombre, de lo blanco negro ni lo injusto justo. Especie de tribunal extraordinario no tiene sobre él sino a Dios i al pueblo. Dios representante de la razón universal: el pueblo representante de la fuerza umana. De aí la fórmula sacramental de qe usa cuando lejisla: Es el nombre de Dios Todo Poderoso i creador i Suremo Lejislador del Universo*” (25/02/1845).

Para Sarmiento, “*este poder absoluto tiene qe residir en alguna parte bajo cualquier forma de gobierno. Bajo las monarquías absolutas, reside en el rei exclusivamente: bajo las constitucionales en las Cámaras con participación del rei i bajo las repúblicvas, en su representación nacional meramente, tomada de un modo colectivo. I aunque como queda visto, no era necesario una designación especial de atribuciones, nuestras, leyes le an declarado las siguientes*” (25/02/1845).

En su concepción, casi lírica, de omnipotencia del poder legislativo estimaba que no era necesario precisarle cuales eran sus facultades porque las tenía a todas las posibles en el marco de un sistema republicano y democrático.

El en diario del día 26 de febrero de 1845, se encargo de describir como había reglamentado la Constitución de Chile, la composición y atribuciones del Congreso y el modo de dictar las leyes.

De ese día es dable rescatar sus palabras para describir la dinámica social y como debía ser el modo de renovación de la

composición tanto de la Cámara de Diputados como la de Senadores. Allí dijo que *“mientras que no se encuentre el medio de que ayer sea oí de que la lei antigua sea la lei eterna, abrá que renovar incesantemente el teatro social y sus actores. Las plantas florecen i se marchitan, nuestros padres se mueren ¿porque pues sería perpetua ninguna autoridad como una esfinge sagrada? El pensamiento de la noche es nunca el de la tarde- en cuanto a la renovación total, nada mas prudente tampoco. Conservar una parte i mudar otra como se ace en el Senado sería oponer entre si dos épocas mui distintas de modo que la sala de los legisladores vendría a ofrecer el doloroso simulacro de la guerra literaria entre antiguos i modernos. No pueden defender opinión más favorable a sus designios los que desearan convertir en comedia el Gobierno republicano”* (26/02/184).

Sarmiento no quería una renovación parcial sino una permanente renovación total de los actores sociales que dictaban las leyes. Sin duda el criterio respondía a su personalidad, de cortar en la base con el pasado para construir el futuro. Sin duda las sociedades no tienen esa actitud y han preferido dentro del marco del Estado de Derecho, los cambios pausados por lo cual en la mayoría de las reglamentaciones de los Congresos han preferido la renovación parcial de sus componentes.

5. Las ideas sobre la administración de la Justicia.

Con relación a la administración de Justicia, *ab initio* advierte que *“no hay influencia más considerable que la del poder judicial: es de todos los días a instantes roe todas las cosas que mas afectan a la felicidad de los individuos. No hay pues ninguno que convenga reglamentarse con mas prudencia y circunspección”*. Es por esta razón que propone dotarlo de independencia la cual, decía, *“no consiste en otra cosa sino en que el Presidente ni el Congreso pueden en ningún caso ejercer funciones judiciales”*. Todo ello para

“dejarle la fuerza bastante para proteger a los individuos y sus derechos” (3/3/1845).

En este tiempo tenía una particular preocupación por la sencillez de la estructura y procedimientos, así lo manifiesta cuando dice que *“se ve desde luego que su composición no puede ser mas sencilla, i que satisface por consiguiente, a una de las primeras necesidades de este poder no constando de más tribunales ni jueces que los que conviene para la administración de Justicia”* (3/3/1845).

Su sentir republicano y democrático, le generaba cierta resistencia contra *“las grandes compañías de jueces (que) acabarían necesariamente por componer una formidable aristocracia”* (3/3/1845). En sus escritos posteriores se muestra partidario de los jurados populares que no hace mucho tiempo, han sido reglamentados en alguna provincia argentina solo para algunos casos.¹⁴ Era uno de los modos de acercar a la gente con el derecho para formar buenos ciudadanos.

Posteriormente, cabe recordar ya en la etapa de la organización nacional, conociendo de la existencia de muy pocos abogados en las provincias con excepción de Buenos Aires y

¹⁴ Midón, Gladis E, de. ¿Humanización del Proceso a través de Jueces Legos?, El Derecho, T. 148, pp. 983 y ss.; Salvadores de Arzuaga, Carlos I. y otros, “El Juicio por Jurados”, El Derecho, T. 172, pp. 876; Obligado, Daniel Horacio, “El Juicio por Jurados en Entre Ríos”, La Ley, 1997-E, pp. 1461; Sagües, Néstor Pedro, “El Juicio Penal Oral y el Juicio por Jurados en la Constitución Nacional”, El Derecho, T. 92, pp. 905 y ss.; Obligado, Daniel Horacio, “El Juicio por Jurados en Entre Ríos”, La Ley, 1997-E, pp. 1457 y ss.; Bidart Campos, Germán J., “Otra vez el Juicio por Jurados”, El Derecho, T. 150, pp. 607 y s.; Claria Olmedo, Jorge A., “Derecho Procesal Penal”, Marcos Lerner Editora, Córdoba, 1984, Tomo I, p. 70, Sagües, Néstor Pedro, “Elementos de derecho Constitucional”, Astrea, Buenos Aires, 2003, 3ra. Ed., 2da. Reimpresión; Erbeta, Guillermo G., “Constitución Nacional. Juicio por Jurados. Necesaria Vigencia”, La Ley, 1993-E, pp. 906 y ss.; Diez Azconegui, María Belén, “Juicio por jurado”, <http://www.espaciosjuridicos.com.ar/datos/AREAS%20TEMATICAS/PENAL/Juicioporjurados.htm>

Córdoba, proponía para consolidar el propósito expuesto por la Constitución Nacional de “Afianzar la Justicia”, la creación de un cuerpo nacional de jueces que hoy conocemos con la Justicia Federal, que *“Llevaría la luz a estos rincones oscuros en que las nociones de la justicia se pervierten y donde prevalece la violencia o el poder de la fortuna”*¹⁵.

En su pensamiento, de cómo se debía organizar la estructura institucional del Estado Nacional, era ineludible afianzar la administración de la justicia porque entendía que *“en un país como el nuestro, que sale del reino desenfrenado de la violencia y de la fuerza brutal, es preciso levantar muy alto por todas partes el pendón de la justicia y del derecho”*¹⁶.

Ello debía ser así por cuanto *“la justicia es la forma visible del derecho, y la justicia, debidamente administrada, concluye por familiarizar a cada hombre con la idea de sus deberes y de sus derechos, y con la idea del derecho, es con los que los hombres han definido lo que eran licencia y tiranía”*¹⁷.

Finalmente, rescatar, en este breve recordatorio de su primera obra jurídica metódica que proponía una administración de justicia simple porque quería *“la rapidez como el alma de toda vida”* (3/3/1845).

Sin duda, su ideario de una administración de Justicia independiente, capacitada y con una respuesta pronta a los requerimientos de los ciudadanos, mantiene vigente su palabra en toda su extensión.

¹⁵ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios...”, ob. cit., pág. 43.

¹⁶ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios...”, ob. cit., pág. 45.

¹⁷ Sarmiento, Domingo Faustino, “Comentarios...”, ob. cit., pág. 45.

Capítulo V

Reflexiones sobre familia y matrimonio.

1. La importancia de la familia en la estructura del Estado.

En el diario del martes 11 de marzo de 1845, principia con el estudio del derecho civil, fijando el método que entendía mas apto para exponer estos temas. Así desecha, tanto el escolástico como el filosófico, prefiriendo partir del análisis de la realidad para extraer sus conclusiones.

En base de ello observa que *“la familia, tipo jenérico, forma compendiada de un todo mayor i soberano. Detrás de la familia, i en torno de ella, las cosas que el ombre adqiere con el sudor de su frente, i que las leyes an declarado exclusivamente suyas, para recompensarle de su trabajo, i como la mejor solución posible de un echo existente en otros términos: la propiedad. Vinculos forzosos, en fin de todo esto, se siguen los pactos creados para asegurar jurídicamente esas mismas personas i cosas; esto es las obligaciones” (11/3/1845).*

El método expositivo elegido por Sarmiento para llegar a sus lectores legos estaba inspirado por *“todo aquello que es útil y practico, o lo que es lo mismo, aquello que toca positivamente los derechos i deberes de cada uno, según su posición social y domestica” (11/3/1845).*

Cuando se refiere a la familia, tiene en claro la influencia reformadora de la cual es capaz esta institución social porque es en ella *“donde pululan los gérmenes futuros del estado”.*

Para el prócer *“la familia es i parece destinada a ser siempre nuestra salvación i refujio en los diluvios políticos: i como el matrimonio es por escenlencia la base de la familia, su eje es de rotación, por decirlo asi, a merecido con razón los ciudadanos casi maternas de todos los legisladores, no solo profanos sino también relijiosos. Puede asegurarse sin iperbole, que la iglesia a debido su*

poder exorbitante de la edad media a haber sido en esa época dueña exclusiva de la unión conyugal, que supo abilmente elevar a la dignidad de Sacramento. Tal es el influjo de esta institución para arrastrar los espíritus i los pueblos hacia los cenderos de la civilización!”(11/3/1845)

Como surge de sus palabras, admira a la familia porque es uno de los caminos a transitar por el hombre para evolucionar hacia un estado de civilización superior.

2. La importancia del matrimonio.

Al momento de conceptualizar al matrimonio asevera que *“puede definirse de distintos modos según el punto de vista del que se le tome, en la naturaleza si a abido una naturaleza semejante no parece necesitarse mas que el consentimiento i la unión carnal para constituir estado no importando nada su mas o menos duración. Pero esto no basta en la sociedad: es necesario además que este consentimiento se otorgue conforme a los preceptos de las leyes i que la unión se continúe por todo el tiempo que ellas designan i que cese con la aparición de determinadas causas”*(11/3/1845)

Pero ello no bastaba en ese momento, pues comprendía la influencia de la Iglesia y la existencia de otros ritos para su plena validez, razón por la cual especifica que *“las cosas santas son necesariamente indisolubles. Eso i nada más es lo que quieren decir aquellas palabras famosos “Nadie puede desligar a los que Dios a ligado” palabras que poco a poco se apoderaron de casi todas las legislaciones pasadas”*(11/3/1845).

La convergencia entre el matrimonio civil y el eclesiástico aceptada en ese momento y descripta por Sarmiento como *“una mezcla oscura de contrato civil y sacramento donde van a confundirse las dos legislaciones heterogéneas de la Iglesia i la sociedad”*, no le impide advertir la posibilidad de que en el futuro la separación de dichos regimenes.

En ese sentido a continuación, a su propia interrogación de que de quién será en triunfo responde que *“no lo sabemos pero a*

juzgar por los resultados en otros países no debe caber duda de que al fin se desprenderá de todos lados una institución de otra lo que no es de la tierra de lo que es de ella. La experiencia también ha venido a agregar sus fallos en la cuestión demostrando con el ejemplo de mil pueblos que esa separación tan provechosa para la felicidad y orden público no rebaja en nada las condiciones celestiales de la religión ” (11/3/1845).

Este dilema, de igual modo, se le presentó a Vélez Sarfield y lo expone en la nota al art. 167 del Código Civil al decir que “las personas católicas, como las de los pueblos de la República Argentina, no podrían contraer matrimonio civil. Para ellas sería un perpetuo concubinato, condenado por su religión y por las costumbres del país. La ley que autorizara tales matrimonios, en el estado actual de nuestra sociedad, desconocería la misión de las leyes que es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas. Sería incitar a las personas católicas a desconocer los preceptos de su religión, sin resultado favorable a los pueblos y a las familias”.

El ver la realidad y legislar en consecuencia, le permitió a Luis Moisset de Espanés decir que la filosofía del codificador era el “sincrétismo”, pues si bien conocían cuales podían ser los derroteros futuros de la civilización, también conocían los límites sociales de su tiempo para impulsar cambios en la medida de lo posible.

Este pensar sincrético, sin lugar a duda, de igual modo inspiró a Sarmiento, pues sobre la base de conocer la realidad de su pueblo trató de compatibilizar las ideas desarrolladas en otras naciones con sus propias costumbres en procura de lograr el desarrollo del país.

El 12 de noviembre de 1888, se logró el consenso social suficiente para reglamentar el matrimonio civil. Es decir, debieron transcurrir casi veinte años de vigencia del Código Civil para su modificación.

3. El rol socio - jurídico de la mujer.

En este contexto familiar, finalmente, cabe destacar, en estas breves reflexiones, el rol que cumplía la mujer en la época de la reorganización nacional.

Sarmiento, en su nota del 24 de marzo de 1845, cuando analiza los efectos de matrimonio describe con una versación extraordinaria, la situación diciendo que *“es un destino verdaderamente lamentable el de la mujer i aunque posee nominalmente todos los derechos civiles pasa por lo común la mayor parte de su vida i a veces la totalidad sin tener su libre ejercicio. Como ija de familia está sujeta al padre, como mujer al marido. Solo cuando alcanza célibe a la mayor edad se eleva a una altura que casi la deja ombrearse con el otro sexo. Entonces ya puede ejercer todos los derechos civiles propiamente, hacer por ejemplo toda especie de contratos vender sus muebles e inmuebles dar i recibir por donación entre vivos o testamentaria, comparecer delante de los tribunales suscribir finalmente las notas de comercio i ejercitar todos los actos civiles con la misma latitud que un hombre”*(24/3/1845)

Pero, no se deja engañar por la apariencia de igualdad pues observa que *“estas mismas leyes tan francas i generosas vuelven a negar a las mujeres célibes a quienes an concedido todo lo demás el ejercicio de los derechos políticos. Las mujeres no son ciudadanos i en esta virtud les está prohibido desempeñar toda función pública, ser electores, electos o jurados. Tampoco pueden ser testigos en los actos del estado civil, excepto mui pocos casos, ni en los testamentos u otras ocasiones semejantes en que asiste escribano. El testigo entonces ejerce una especie de función pública en cuanto participa de la del oficial civil que preside”*(24/3/1845).

Pero el punto crucial de toda esta problemática se presenta cuando *“la mujer casándose renuncia a su independencia, puesto que se somete a la tutela de otro”*(24/3/1845).

Sarmiento, quizás con un resabio de conservadurismo, intenta justificar la situación al considerar a la mujer un ser tímido y débil por naturaleza y en la necesidad social de que

hubiera una voz preponderante que entiende debía estar en el hombre.

Va de suyo que no desconoce las propuestas evolutivas hacia la paridad de condiciones de los géneros cuando dice que *“sin duda son hermosas las reformas propuestas por los filósofos modernos pero todavía no se an anunciado en ninguna parte con bastante vigor para pasar a realidades”*(24/3/1845).

Esta complejidad, propia de una etapa de transición social, de igual modo, fue problemática del codificador civil quién a pesar de regular con minusvalía los derechos de la mujer casada, en la nota al art. 305 del Código Civil, reconoce la marcha natural de la civilización que es elevar “contra las más antiguas costumbres, la condición de las madres de familia”. Completa su pensamiento sosteniendo que “el derecho ha marchado también, y acabará por ser reconocida en los países cultos la necesidad y conveniencia de poner a la madre en sus relaciones de derecho, a la par del padre”.

Este criterio, de igual modo, primó siempre en el pensamiento de Sarmiento y lo expuso, ya con edad avanzada durante la Presidencia de Avellaneda en la inauguración de la Academia Nacional de Ciencias de Córdoba de inspiración suya, cuando observó en el Salón de Grados de la Universidad, el cual estaba repleto de asistentes que no había una sola mujer y auguró que dentro de un siglo la Argentina en sus universidades va a tener mas mujeres que hombres.

Capítulo VI

Reflexiones finales.

Al releer esta fracción de la magna obra de Sarmiento, sus “Lecciones populares de Derecho” y tratar casi irrespetuosamente hacer un comentario de las mismas, viene a mi memoria el libro de José Ingeniero, “Las fuerzas morales”, al cual se le debería cambiar el nombre y llamarlo “Las fuerzas morales de Domingo Faustino Sarmiento” pues su contenido no es la descripción de un hombre ideal, es el retrato de un hombre que vivió en nuestro país en el siglo XIX, al cual rendimos nuestro humilde homenaje en sus 200 años de natalicio.

Como no decirlo así, cuando observamos que la vida de Sarmiento ha sido vivida como lo describe el ideario de Ingeniero: “Los jóvenes tocan a rebato en toda generación. No necesitan programas que marquen un término, sino ideales que señalen el camino. La meta importa menos que el mundo. Quién pone bien la proa no necesita saber hasta donde vá, sino hacia adonde. Los pueblos, como los hombres, navegan sin llegar nunca; cuando cierran el velamen, es la quietud, la muerte. Los senderos de la perfección no tienen fin. Belleza, Verdad, Justicia, quién sienta avidez de perseguirlos no se detenga ante fórmulas reputadas intangibles. En todo arte, en toda doctrina, en todo código existen gérmenes que son evidentes anticipaciones, posibilidades de infinitos perfeccionamientos. Frente a los viejos que recitan credos retrospectivos, entonan los jóvenes himnos constructivos”.

Este fue Sarmiento, un eterno joven, soñador de un mundo mas civilizado, a cuyos ideales entregó el esfuerzo de toda su vida. Por cierto, que como ser humano pudo tener errores, pero solo se equivocan los que hacen no los pacíficos hacedores de la nada.