

## LA POLITICA JURIDICA DE SARMIENTO

- I — 1. Sentido de la política jurídica. Su influjo civilizador. 2. Irrupción de Sarmiento en el campo del derecho. 3. El formalismo y el doctorado de Sarmiento.
- II — 4. Líneas generales de la política jurídica de Sarmiento. 5. Valor y significación de las constituciones para el pueblo y para los gobernantes. 6. La interpretación constitucional. 7. Realismo constitucional. 8. Concepción de Sarmiento sobre las funciones de los municipios. 9. Modalidades de su obra y consideraciones finales.

### I

#### 1. *Sentido de la política jurídica. Su influjo civilizador.*

Todo hombre a quien preocupa o interesa un problema políticosocial, se estima como político, en mayor o menor grado. No pocos políticos y legisladores se consideran idóneos para discurrir sobre un problema de derecho constitucional; por ejemplo, sobre una intervención federal, sobre la extensión de los fueros parlamentarios, etc. Y es que el derecho, y sobre todo el derecho constitucional, puede considerarse desde diversos puntos de vista o fases. Hay una primera fase, la históricopolítica, luego otra políticosocial, y otra políticojurídica; las dos primeras son “abordables” por quienes tienen cierto sentido político, y la última es propia y aun se diría exclusiva del jurista.

Estos diversos modos de ver y valorar el fenómeno jurídico dan origen a diversas tendencias, direcciones y escuelas en la ciencia jurídica. Por eso cuando se pondera o se juzga la obra de todo aquel que ha dado cuerpo, o sistema, o vitalidad a un conjunto de reglas jurídicas, conviene juzgar al hombre y no sólo a su obra. Y así cuando ese hombre es Sarmiento, que no fué filósofo ni jurista, pero sí un constructor político, un legislador — un civilizador en suma —, interesa valorar sus ideas jurídicopolíticas, dentro del cuadro general de su obra, y de paso señalar aspectos singulares, en apariencia contradictorios como “su formalismo jerárquico”, frente a su realismo, que domina en una obra que hubiera bastado para perpetuar su memoria en la historia de nuestro derecho público, es decir, “Los comentarios de la Constitución de la Confederación Argentina”.

Se puede influir en la vida jurídica de un pueblo y hasta dar a la legislación un sello particular, sin ser jurista ni filósofo del derecho. El Código civil francés tiene un *substratum político* de cuño napoleónico, y se le llama por eso Código de Napoleón. Luego la propia centralización administrativa francesa, si bien es tradicional, se perfila mejor y aun parece más jurídica y orgánica desde Napoleón. Esa centralización sedujo también a algunos estadistas, a Rivadavia por ejemplo.

Los hombres que mirando al estado políticosocial de su pueblo, implantan regímenes legales y se proponen elevar el nivel de ese estado políticosocial mediante la adopción de nuevas normas jurídicas cuya bondad o eficacia ya ha acreditado la experiencia de otros pueblos, son propiamente *políticos del derecho*.

La *política del derecho* utiliza las investigaciones históricas y las del derecho comparado, con el objeto de perfeccionar el derecho vigente en el país de que se trate. En ese sentido, la política jurídica es algo pragmatista; y si bien es cierto que ella no logra la dignidad de la filosofía jurídica racional o idealista, por ejemplo — porque ésta quiere conocer

el derecho en sí, su *fundamento esencial*, su *misión*, su valor propio (Sauer, *Filosofía jurídica y social*, pág. 21) —, tiene el mérito de comparar el derecho anterior con el presente, el derecho de otros pueblos con el derecho propio; luego el de poner en evidencia el valor de ellos, y finalmente el de mostrar la superioridad de un derecho sobre otro.

La política del derecho expresa, pues, la idea de una función evolucionista, de progreso, de civilización en suma <sup>(1)</sup>. No se resigna a considerar el derecho tal cual existe, sino que lo compara y propone otro derecho superior. Y así, aun cuando la política del derecho no explique el fundamento racional, ni el valor en sí del derecho, ella se libra de la censura que con razón se hace al *positivismo jurídico* (que ha predominado y aun predomina entre nosotros).

2. *Irrupción de Sarmiento en el campo del Derecho*. Sarmiento fué un formidable polígrafo. Escribió sobre todo lo que un civilizador puede escribir. Su obra escrita ha sido publicada en más de medio centenar de volúmenes. En sus escritos trata de educación, de historia, de filosofía (a su parecer o manera), de religión, ciencia política, derecho, de temas militares, de cuestiones económicas, etc.

Sarmiento no tuvo cultura jurídica, en el sentido de un conocimiento orgánico o sistemático de las instituciones del derecho. Pero en los *Comentarios de la Constitución*, es decir, en el tronco mismo del derecho público, ha discurrido, *comparando y analizando* las instituciones con admirable acierto e intuición. Por eso puede considerarse a Sarmiento como político del derecho, no filósofo jurista, puesto que la política del derecho o política jurídica tiene un objeto y un fin distinto de la *filosofía jurídica*, y, con mayor razón, de la *técnica jurídica*. Los problemas de la técnica sólo los vislum-

---

<sup>(1)</sup> Ese mérito de la política jurídica, la hace acreedora al reconocimiento y apoyo que le presta la filosofía jurídica, como dice con razón KOHLER (*Filosofía del Derecho*, § 9).

bra Sarmiento al hablar del ejemplo norteamericano, y propone, de acuerdo con él, alguna solución dentro de cierto conceptualismo. La ilustración de Sarmiento sobre derecho es muy general y, desde luego, no metódica. La lectura de los comentaristas norteamericanos principalmente, y en especial de la obra de Story, ha ejercido en su espíritu una influencia decisiva. Conoce también las obras de algunos juristas franceses, por ejemplo, la de Vivien (*Etudes administratives*).

Con todo, a Sarmiento se le ha negado idoneidad para hablar de derecho, al menos para hablar con la "seguridad" con que él lo hacía, o con la autoridad que él también se atribuía. Y eso fué lo menos, pues se podría hacer un pequeño repertorio con las notas, las diatribas y los epítetos que se han usado contra las ideas y escritos de Sarmiento. Tomemos uno cualquiera, si no el que más le prodigaron, al menos el que más mérito tiene en lo que toca a nuestro tema; por ejemplo, lo llamaron "bárbaro". Y en algún sentido lo fué Sarmiento. Pero conviene, por lo pronto, saber qué debe entenderse por bárbaro. Unamuno — tan culto y a la vez tan sabio, ya que culto y sabio no es lo mismo — dice en su libro *Contra esto y aquello*: "El ser bárbaro no implica el ser ignorante ni indocto, no. Un bárbaro puede ser doctísimo y sapientísimo. El bárbaro es el que irrumpe en un campo desde otro campo; con otras preocupaciones, con otros prejuicios — ¿pues quién no los tiene? —, con otra visión y con otro sentimiento de la vida, que aquellos que privan en el campo por él irrumpido. Juan Jacobo Rousseau irrumpió en el campo del derecho y la jurisprudencia como bárbaro, como un extraño a la ciencia jurídica y las reanimó con nuevo soplo de vida".

Eso fué Sarmiento, no sólo en el campo del derecho — donde ahora lo vemos — sino en todos: en el de la política, de la historia, de la literatura y aun en el de la misma enseñanza, único solar en que sus críticos irreducibles lo dejan en paz o lo perdonan, y no siempre.

Y vuelvo a Unamuno, que en un capítulo de su libro que acabo de citar (págs. 234/5), hablando de "literatura y lite-

ratos”, después de juzgar como vanidosos ridículos a ciertos “orfebres” que llaman literatura a quisquicosas puramente formales y técnicas que ellos también consideran *estilo*, dice: “Vuelvo a citar un americano, y el más grande de entre ellos, los que escribieron. Sarmiento, que nunca paró en teñique-rías, tiene estilo, y lo tuvo porque no se preocupó de tenerlo, ni fué un orfebre, sino un recio forjador que batió el hierro en caliente, sobre un yunque levantado en medio del campo, al aire abierto y no en torre de marfil. Y sobre todo, porque fué un hombre patriota, preocupado por los problemas que importaban al pueblo”.

3. *El formalismo de Sarmiento*. No obstante su espíritu democrático y su sentido liberal, su vida de costumbres sobrias, verdaderamente espartanas, Sarmiento fué criticado por emplear coche y escolta oficial, y hasta fué también por eso tildado de monárquico. El respondió en “El Nacional”, de 7 de enero de 1870 (v. *Obras Completas*, L. 302), diciendo que la escolta se justificaba por razones de policía; pero añadió también algo que, en el fondo, explicaba su alegación, y fué el ejemplo de la Casa Blanca del Presidente de los Estados Unidos, la mansión señorial que el Estado liberal y democrático da al presidente democrático y liberal.

Cuando Sarmiento consideraba que era necesaria la escolta presidencial, y que esa escolta debía rodear al presidente en la calle o en lugares públicos, demostraba evidentemente un sentido propio de la jerarquía. Lejos de haber contradicción en sus actitudes, con eso — ¡él que era democrático y llano! — revelaba un sentido cabal de la función pública, en su aspecto formalista, que no por ser formalista es despreciable, sino al contrario, inseparable de ella.

Cierto que Moreno propuso la abolición de los honores; pero fué porque vió rendir un homenaje que juzgó cortesano o palaciego, y lo combatió así que despuntó como veleidad o pujo monárquico.

Los honores y los atributos de la función no se tienen

a título personal, sino como representación del poder público. Es preciso no confundir el sentido y el fin de las formas.

Uno de nuestros presidentes más democráticos fué sin duda Sáenz Peña. Y ese gran presidente — que estableció la decencia política y la libertad electoral y respetó como ninguno el principio de separación de los poderes — instituyó el protocolo. El protocolo es orden, es expresión de jerarquía, es una “exteriorización” de la autoridad; evita, en la forma al menos, las desviaciones de la democracia, o es un freno contra los excesos de ella.

Es difícil explicar qué fundamento tiene ese “derecho” consuetudinario que atribuye a los “elementos” políticos privanzas como las de entrar sin otra ni más, en casi todos los despachos, privilegio de que no gozan ni los altos funcionarios públicos que por su condición y jerarquía son los más dignos de las excepciones.

El tutear a los electores es también una especie de “derecho público subjetivo” que se atribuyen los dirigentes políticos como haciendo un favor a quienes deben respetar; es, sobre todo, una modalidad propia de los caudillos, grandes y chicos, en ciertos partidos políticos, a los cuales, por cierto, nadie les envidia nada, en punto a ética ni a estética. Aunque el que tutea parece que dispensa confianza al sujeto pasivo (es decir, al tuteado), en realidad más resulta agravio. Hubiera dignidad y cesarían todas esas equívocas expresiones de los mal llamados “espíritus democráticos”, que no son sino expansiones de mal gusto, recursos demagógicos nocivos para la educación cívica del pueblo.

La forma y aun el “formalismo” tienen su fundamento histórico en la civilización misma (2), con cierto sentido

---

(2) El gran jurista Ihering dedica al estudio de la forma largas páginas de su monumental obra “El espíritu del derecho romano” (libro II, en el tomo III, de la ed. esp.); y aunque la brillante disertación de IHERING se refiere a la “técnica del derecho”, lo que dice alcanza a la esfera gubernativa, pues ¡no está, acaso, toda la actividad gubernativa y administrativa influida de preceptos primarios de derecho público en el cual las virtudes de la forma son las mismas de todo el derecho común!

propio, que es inseparable de la imagen del poder público. Por eso, su valor práctico no se discute, aunque pueda parecer *perigroso* cuando a la forma se subordina todo, e *incómodo* cuando la observancia de la forma es valla difícil de salvar.

Ihering, en el dominio del derecho, y Nietzsche, en el de la filosofía, han escrito páginas admirables sobre el concepto de forma y jerarquía.

*El doctorado de Sarmiento.* El 15 de noviembre de 1853, Sarmiento (v. *Obras Completas*, XV, pág. 364) solicitó a la Cámara de Justicia de Buenos Aires “título y diploma de doctor en derecho con todas las prerrogativas y fueros a él anexos, en vista de las razones que paso a enumerar”. Y Sarmiento fundó su extraño pedido, en motivos de valor substancial; por ejemplo, éstos: *madurez de su razón, el derecho que él había estudiado y defendido, los “comentarios”* que había hecho de las instituciones, *su vida consagrada a la causa pública*. Y por todo eso dijo que no se creía inferior a “esos estudiantes que cursan estudios rudimentarios”; y añadió que, “por la perversión de los tiempos”, centenares de jóvenes ni aun ese trabajo se han tomado. Recordó, finalmente, que la Universidad de Oxford dió título de doctor al impresor Franklin.

Parece que hizo esta requisitoria, bajo un sentimiento de indignación, por habersele pedido *firma de abogado* en sus escritos, y por haberle llamado Alberdi *periodista*, no obstante conocer sus *Comentarios*, obra que el propio Sarmiento ofrece, en el párrafo final de su petitorio, precisamente como *tesis de exámenes* para el título reclamado.

¿Cuál es el verdadero sentido, el singular significado de esta doble reclamación?

Emociona, a la verdad, esta presentación del grande hombre; él, que no daba valor a los títulos, (3) los reclamaba. Y

---

(\*) Suele decirse el día de los elogios, como exaltando el valor de un hombre, que fué diputado, ministro, embajador..., otra vez diputado, senador, presidente... Pues bien, todo esto es poca cosa para la gloria de Sarmiento. Su biografía no se adorna con la relación de los car-

es que en realidad no era Sarmiento quien lo reclamaba, sino sus adversarios, que le obligaban el testimonio de un requisito formal.

## II

### 4. *Líneas generales de la política jurídica de Sarmiento.*

El sentido político de Sarmiento, en punto al *Estado de derecho*, se ve en sus comentarios a la Constitución, y más aún en ciertas leyes fundamentales para la Administración pública. Luego el Código civil data de su gobierno. El progreso de la legislación puede ser indiferente a las concepciones teóricas que en el dominio de lo jurídico y de lo político puede tener un gobernante ejecutivo, por la misma razón que la prosperidad material de un pueblo — y lo mismo la adversidad — suele ser extraña a la obra y a los anhelos de sus gobernantes. Pero el progreso de la legislación en el gobierno ejecutivo de Sarmiento es revelador de su espíritu e inseparable de su acción de estadista. Esa legislación es la concreción de grandes ideas políticas y culturales, pues las nuevas normas no logran sanción sino después de un proceso de *conformación* con los sentimientos dominantes en las clases superiores.

En el derecho privado el liberalismo de Sarmiento debe retroceder hasta una línea media que circunda un estado espiritual dominante.

Sin duda, el examen de la Constitución, en sus *Comentarios*, fué lo primero que hizo en este orden constructivo.

---

gos públicos, tratándose de nuestro país, donde en un orden de cosas tornadizo y risueño, *cualquiera es cualquier cosa*, por el favor oficial, por las combinaciones electorales y el nepotismo, agravados por actos que a la moral cívica repugnan.

Eça de Queiros, con haber descripto en forma insuperable al ilustre Pacheco portugués, mejor pudiera haberlo hecho aquí, por la abundancia de *materia prima*. No glorifican a Sarmiento esas biografías en que se escalonan sus cargos oficiales, como para cotejarlos con la escala de cargos de los Pachecos, que hemos tenido y tenemos.

Sarmiento empezó por teorizar ante un pueblo cuya *fibra legal* estaba aún poco desenvuelta, y cuando ese sentido general y vago del derecho que existe en toda sociedad civil y política, estaba neutralizado por el influjo retrógrado de ciertas fuerzas “misonéistas” y ciertos estados de espíritu. Aun donde despuntaba algo bien inspirado era casi al punto resistido por la acción de los caudillos más o menos incul-tos, por un verdadero feudalismo local (que, dicho sea de pa-so, considerábamos desaparecido hace pocos años, pero que ha vuelto a removerse nuevamente en algunos lugares del país).

Frente a ese estado, políticamente conmovido todavía por la acción de la anterior anarquía, sólo abatida en su expresión formal, y socialmente atado a una tradición inferior y reacia para el Estado de derecho (porque en la tradición hay también algo superior y necesario que nada puede extinguir, ni la ciencia ni la fuerza; la ciencia porque ella sólo puede explicarlo, y la fuerza porque frente a la tradición es muy relativa, ya que ésta, por sí misma, es otra fuerza virtual que neutraliza a la fuerza nueva), frente a todo eso se encuentra Sarmiento cuando escribe sus *Comentarios a la Constitución Argentina*. En esta obra está ausente la *técnica* doctrinaria, mas no el sentido jurídico ni tampoco la dialéctica. Sarmien-to tiene que demostrar y demuestra lo que postula. Yo diría que sus conceptos o ideas centrales pueden resumirse como sigue:

1.º La Constitución tiene fallas de política jurídica (él no emplea esta expresión, pero ella surge del sentido de su doc-trina). El poder central debe obrar por sus agentes jurídi-cos, auténticos, y no por los llamados “agentes naturales” (los gobernadores). Sarmiento fustiga, por eso, el sistema y la de-nominación impropia de “agentes naturales”.

2.º En ese pueblo que va a ser regido por la Constitución hay elementos negativos que pueden enervar la aplicación de ella en lo que tiene de bueno. La Constitución se estable-ce más *para los que gobiernan* el Estado, que para los guber-nados, pues para aquéllos la Constitución es un instrumen-

to necesario, y su preceptiva resulta una mera abstracción, cuando los que deben imponer la aplicación de sus preceptos no empiezan por observarlos o respetarlos.

3.º La experiencia de la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica debe ser aprovechada por los gobiernos que adoptan una constitución análoga. Esa experiencia consiste en la interpretación dada a la Constitución al ser aplicada por los tribunales, y al ser explicada por los juristas.

Considera Sarmiento que la obra doctrinaria y jurisprudencial sobre la Constitución de los Estados Unidos evitará los males de un aprendizaje dudoso, lento e incierto, y esto llega a ser en él una obsesión originada quizá por el mismo concepto cultural que le indujo a traer al país maestros norteamericanos y científicos alemanes. En esto se revela el civilizador.

4.º Como la Constitución crea o establece instituciones o reconoce garantías que se justifican — las unas por razón de sistema, y las otras como supervivencias de aquéllas creadas bajo regímenes distintos, pero que perduran en la conciencia jurídica general —, es necesario asignar a cada una de ellas un *valor* (la política jurídica, sin ser filosofía jurídica propiamente, tiene el mérito de apreciar *valores*).

Tales son las líneas generales que señalan la concepción políticojurídica de Sarmiento respecto de la Constitución.

Sarmiento observó directamente el funcionamiento del régimen político norteamericano, y ese régimen lo sedujo, como a Rivadavia le sedujo la centralización francesa. Pero cuando aconsejó Sarmiento la adopción del criterio “jurisprudencial” de los jueces norteamericanos, entonces el político del derecho *pasó a ser* en algún sentido *positivista*, y su realismo jurídico se volvió *conceptualismo*, sosteniendo la interpretación constitucional, según las fuentes conceptuales y jurisprudenciales de la Constitución, norteamericana. Pues dijo en sus *Comentarios*: “En conformidad con esta doctrina, que examina nuestra tarea en los puntos idénticos “o análogos de ambas constituciones federales es atenerse es-

“trictamente a las doctrinas que tienen el apoyo de los más  
“eminentes juristas, la autoridad de tribunales de justicia, la  
“sanción de la experiencia más próspera y luminosa, y el con-  
“senso de un gran pueblo que está hoy al frente de la civili-  
“zación en cuanto a la aplicación de sus resultados, a la me-  
“jora y felicidad del mayor número, y que es nuestro tipo en  
“cuanto a instituciones federales; porque sería monstruoso,  
“por no decir ridículo, pretender que las *mismas ideas, expre-  
“sadas con las mismas palabras, para fines idénticos*, hubie-  
“sen en nuestra constitución de producir diversos resultados,  
“o tener significado distinto; mucho más cuando la primera  
“tiene en su apoyo una larga experiencia; lo que debió darle  
“nuevo valor a los ojos de aquellos que la aceptaron; pues  
“lo propicio de los resultados ya conocidos, bonifica y res-  
“ponde de que fué la mente de los legisladores asegurar esos  
“mismos resultados para los pueblos que se proponían cons-  
“tituir”.

5. *Valor y significación de las constituciones para el pueblo y para los gobernantes.* El político del derecho no es idealista y no se diga utópico, en el dominio de la ciencia jurídica, pero suele serlo en la *política interna*.

En general, el político del derecho no tiene fortuna en la política electoral y menos aún en las democracias cuya educación cívica no ha alcanzado un grado de evolución suficiente para afirmar su autodeterminación. El político del derecho tiene buena dosis de *realista*, pues considera el derecho sobre supuestos reales; pero es también, en mayor o menor grado, un revolucionario del derecho. Examina la realidad, y si la juzga inferior a lo que pueda ser por virtud de factores o elementos que existen, ya en germen, ya más o menos desenvueltos, pero susceptibles de ser adaptados o adecuados a nuevas normas jurídicas, entonces él propone la adaptación de las normas, no sin antes valorar los *supuestos de hecho* que pueden presentar alguna resistencia a la aplicación de esas normas (lo que le obliga a considerar los factores que pueden

neutralizar o enervar esa resistencia). En este orden de ideas vale la pena señalar la opinión que Sarmiento estampa en sus "Comentarios" como objeción a la idea que él mismo propone sobre el acatamiento a una Constitución.

"Dicen que los pueblos no están en estado de usar de "instituciones tan perfectas"; y responde seguidamente: "Si "hubiésemos de juzgar por ciertos hechos de la República Argentina diríamos que esos pueblos no están preparados sino "para degollar, robar, haraganear, desvastar y destruir. La "constitución de las masas populares son las leyes ordinarias, "los jueces que las aplican, y la policía de seguridad. Son las "clases educadas las que necesitan una constitución que asegure las libertades de acción y de pensamiento; la prensa, "la tribuna, la propiedad, etc., y no es difícil que éstas com- "prendan el juego de las instituciones que adoptan".

Sarmiento separa, pues, el elemento *positivo*, o sea, la "norma legal" y el ejercicio del poder público, es decir, el *ius imperii* (manifestación inmediata del Estado jurídico) de la "norma superior constructiva", que es la Constitución. Es ésta una concepción certera en el sentido jurídicopolítico que luego él explica, a manera de corolario lógico, con las siguientes palabras:

"Para el ejercicio de una constitución cualquiera, no hay "sino dos personajes de por medio, el mandatario y el ciudadano; los dos aptísimos para instruirse, y saber si está o no "en los términos de la constitución, el intento sostenido por "cada uno".

He ahí en grandes líneas, los términos de dos problemas: el de los derechos subjetivos del ciudadano frente a los poderes públicos, empezando por el poder legislador, y el de la prioridad de la Constitución. (8) Y eso es precisamente materia de "política jurídica", es decir, consideración de un estado

---

(8) Véase mi estudio *Las garantías jurisdiccionales de los ciudadanos administrados y contribuyentes* (discurso académico, en "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas" t. VII, Rosario, 1938).

de conciencia de derecho en un momento dado, pero no expresión de conciencia popular, sino de la conciencia de ciertos hombres que se colocan por encima de ese plano general en que está situado el pueblo, sea por espíritu conservador o por apego a la tradición, sea por incompreensión. Esos sentimientos y juicios animan al político del derecho, el cual, por el contrario, se coloca en un plano superior, por su cultura y por su influjo (como el publicista, el periodista y el gobernante).

Sarmiento no fué un idealista. En sus concepciones políticas se descubre, como dirección para juzgar los problemas jurídicos — según sus *Comentarios* — un sentido histórico del derecho, pues estudió el pasado y extrajo de él enseñanzas útiles. Pero, por sobre todo, domina en él un propósito firme de examinar los sistemas jurídicos de otros pueblos, y especialmente el de los Estados Unidos, para aconsejar luego, mirando al futuro del pueblo, la adopción de normas que, aun cuando influidas de otro derecho, son necesarias para los fines de la justicia y de la cultura. Por eso mismo tampoco es un positivista en el concepto jurídico. Vale la pena señalar esto como uno de sus méritos, pues lo es el haberse librado del influjo dominante en su época.

No fué positivista en derecho, porque las tendencias jurídicas que prevalecían entonces (sobre todo como producto histórico) eran relativamente retrógradas y él las combatió, luchando contra supervivencias de dos órdenes en este campo: las morfológicas y las psicológicas. Cuando Sarmiento apresuró la legislación, y también la codificación, se propuso asegurar el respeto de las normas por virtud de sus atributos esenciales, que son la *obligatoriedad* y la *certeza* de la ley.

6, *La interpretación constitucional*. Hay una etapa en la formación de la norma de derecho, y es la final, que pertenece a la *técnica jurídica*. El realizarla es misión propia del juriconsulto y no del político. Esto es del dominio natural del doctrinario y del juez, aunque más del doctrinario.

Pero la técnica no se limita a señalar solamente el instrumento (métodos de interpretación), sino también las cons-

trucciones lógicas, armónicas, reflexivas e integrales, con el propósito de que la norma realice o cumpla un *fin dado*, y según la concepción de ese fin.

Una máquina útil y perfecta resulta imperfecta e inútil sin un manejo inteligente o científico. El juez debe ver bien; comprender bien. El juez y el doctrinario se encuentran frente a *conceptos* que deben valorar; luego para valorar no les basta la técnica; este proceso de *valoración* no es puramente mecánico, no es sólo metódico; en él, pues, debe haber un *aliquid de creación*. Sarmiento discurre también sobre esto. El gobernante y el juez que apliquen la Constitución argentina deben, según él, aprovechar la experiencia norteamericana (4).

En los Estados Unidos, los grandes jueces han interpretado la Constitución. Decía Sarmiento, que allá había más de medio siglo de experiencia en la aplicación de normas constitucionales análogas a las de la Constitución argentina. Sarmiento proclamaba, pues, el respeto de las decisiones jurisprudenciales norteamericanas, y aconsejaba que se las tuviera en cuenta. ¿En esta actitud aparece Sarmiento declinando? Como jurista su consejo sería desechado; como político no, porque se funda en una preocupación justificable. El pueblo argentino y sus poderes públicos tienen en 1853 un instrumento de gobierno. El instrumento es nuevo y su manejo puede ser difícil. La mala aplicación puede desacreditar el instrumento, esa máquina imponente que se llama Constitución. Se quiere evitar el fracaso. Esto llega a ser una obsesión en Sarmiento. Se vuelve entonces profundamente realista (pero no

---

(4) "Si hay fecundidad en esta aplicación de la ciencia y práctica norteamericana a nuestra constitución, mil trabajos del género pueden comprenderse, y en pocos años enriquecernos con una literatura constitucional de que carecen, por lo general, los otros países constituidos. El asunto que tratamos nos traza el plan de la obra, que se reduce a seguir el orden de colocación de los artículos de la constitución según se presentan; anticipando, sin embargo, aquellos otros que a los primeros hacen referencia, sin lo cual no podría tratarse de una sola vez un punto cualquiera". (prólogo de los *Comentarios*).

positivista). Repito: su consejo hoy no es recomendable; en su época pudo serlo. He explicado todo esto cuando he comparado los dos sistemas: el norteamericano y el nuestro (véase mi obra *La protección constitucional y el recurso extraordinario*, Buenos Aires, 1936, 1ª y 3ª partes, especialmente págs. 350/53, 372 y 380).

7. *Realismo constitucional*. El derecho supone una situación objetiva. La norma escrita es fuente de derechos, por los que se reconoce o protege a nuevas situaciones y aun a situaciones anteriores no reconocidas o no protegidas.

Si Sarmiento hubiere sido solamente positivista hubiera rendido culto a la ley escrita, y sólo en ella hubiese visto el derecho. Pero no lo fué. Dice en el prólogo de sus *Comentarios*, que “no es tanto el texto de las constituciones políticas lo que hace la regla de los poderes públicos, como los “derechos de antemano conquistados, y las prácticas establecidas. De aquí viene que en Inglaterra no hay constitución “escrita, y es el país constitucional y libre por antonomasia; “de aquí procede también que en los Estados Unidos sea un “hecho conocido que la Constitución no ha sido traspasada por “la administración sino dos veces, y aun éste es punto muy “disputado entre los estadistas. En los otros países empero la “constitución precede a la posesión de los derechos que asegura, sirviendo sólo de báculo para atravesar, no sin dificultad, por el fango de costumbres y malos hábitos que obstaculizan el camino”. “El arbitrario de la administración se “desliza tras ella, disculpado y justificado por la exageración “de las pretensiones de libertad de los gobernados, que no “pocas veces sostienen con mayor tesón lo que es pura licencia y libertinaje político, que verdaderos derechos populares y libertad real” (prólogo de los *Comentarios*).

Para Sarmiento las Constituciones vienen a regular los poderes, y al regularlos los demarcan con relativa certeza. Regular el poder o el ejercicio de un poder, frente a aquellos a

quienes se aplica o respecto de quienes se ejercita, es crear un derecho o una garantía.

También teme Sarmiento que un falso conceptualismo destruya o confunda la armonía institucional, y juzga necesario advertir sobre el peligro. “Una constitución — dice — no es “una trampa ni una celada tendida a las preocupaciones populares, con ciertos resortillos secretos o inapercibidos, por donde se ha de hacer fracasar en la práctica todas las pompas declaraciones que se ostentan en un frontispicio. Una “constitución es la suprema ley de un pueblo, es el decálogo “de los preceptos políticos, y el *paladium* de las libertades como la regla de los actos de los poderes públicos”.

El recelo de Sarmiento fué fundado. Hablaba en momentos en que las pasiones, el influjo — sobreviviente — del caudillismo, el apego a la tradición y la explicable incultura general, podían echarlo a perder todo. La virtud de la ley reside en su acatamiento. El que establece la norma debe tener el poder de hacer efectivo uno de sus atributos, su término final: *la coacción*. La coacción presupone una fuerza ejecutoria propia, sin solución de continuidad. La ejecución de la norma sigue a la emanación. Y se explica así el ataque que Sarmiento lleva contra una cláusula constitucional que según él es falsa.

“Los gobernadores agentes naturales del gobierno general” (pág. 159). Critica esta proposición Sarmiento.

“¿Por qué llamar *natural* una agencia que no nace de la “esencia de las instituciones, y requiere para existir disposición expresa de la constitución? Son agentes naturales, el “subdelegado del delegado; el gobernador del intendente; el “teniente de su capitán; pero es viciar las ideas más sencillas “y falsificar todas las nociones, estampar en una constitución “calificativos que no emanan de la esencia de las cosas”.

Esta objeción de Sarmiento no es de terminología ni de concepto; ella tiene, en el fondo, una justificación distinta. Sarmiento no concibe que la ejecución de los actos del poder central pueda librarse a funcionarios que emanan de otros po-

deres (los poderes locales), y que, por eso mismo, no integran el poder central. Los gobiernos locales en el sistema de la Constitución son semi-soberanos (las provincias tienen la configuración de Estados), e imbuídos de esa falsa noción de *soberanía local*, siguen siendo todavía la imagen de una estructura caudillesca y recalcitrante. Sarmiento no lo dice, pero lo piensa y lo denuncia en su razonamiento. Ante esa crítica, todo el que tiene algo que reprocharse debe sentirse amenazado...

Esa atribución formal de la Constitución a los gobernadores es, para Sarmiento, contraria a la esencia del poder central, el cual en un sistema así no puede mandar, sino pedir; y una norma cuya ejecución está librada a un agente no ligado por un vínculo jurídico de obediencia al poder que debe aplicarla es deficiente y vuelve híbrido el sistema que así la establece.

“Lo peor de las medidas de compensación que trae este “funesto sistema es que el jefe del estado necesita en las provincias tornarse un conspirador para deshacerse de esos *naturales* agentes que le da el *acaso* (¡oh subversión de ideas!)”.

*Sarmiento legislador.* En un sentido formal se llama legislador al que forma parte de los cuerpos legislativos. Pero legislador es, en rigor, el que da o establece leyes.

Legislador y miembro de cuerpo legislativo no constituyen necesariamente una misma cosa; diputados y senadores hay muchos; legisladores pocos.

Sarmiento fué miembro de poderes legislativos, pero su verdadera obra de legislador es la que realizó como presidente de la Nación. En nuestro sistema el Poder ejecutivo es colegislador; pero el presidente puede ser substancialmente un legislador.

8. *Concepción de Sarmiento sobre las funciones de los municipios.* Sarmiento es un consciente revisor crítico de las instituciones. Asocia y separa ideas y conceptos después de valorarlos. El transplante de un sistema bueno, no consiste en aceptarlo como es, sino *como debe ser*. En un orden constitu-

cional lógico y armónico las instituciones deben ser compatibles con el sistema mismo. Sin unidad orgánica, no hay armonía sino desequilibrio, especialmente funcional. En homenaje a estos conceptos fundamentales, ciertos sentimientos tradicionales deben ceder. En este orden de ideas Sarmiento define fundadamente el régimen municipal en el sistema de la Constitución, y reduce la función de los municipios a sus límites virtuales frente a las legislaturas. He aquí su opinión:

“Si se restableciesen las antiguas municipalidades con sus atribuciones, prerrogativas y restricciones, según las leyes españolas, sería preciso suprimir las legislaturas *que hacen doble juego en algunos puntos*, y cuya presencia no sospechó la legislación española”.

Esta observación es definitiva y no requiere explicación; pero él la explica diciendo que “la municipalidad en los estados federales para coexistir con la legislatura de provincia, el poder judicial independiente, y el poder ejecutivo, debe, pues, basarse en otros principios que los cabildos coloniales que obraran en esfera distinta. *Resucitar la legislación municipal española es establecer el caos*, y el conflicto de todos los nuevos poderes, creados y deslindados posteriormente. *Ni la palabra cabildo ha de nombrarse*, si se quiere evitar la confusión y el desorden. En cuantos escritos hemos visto sobre este punto, las ideas emitidas se resienten de las nociones tradicionales o de falta de atención a la situación nueva”.

La doctrina y la jurisprudencia han coincidido con esta concepción clara y realista. Es también nuestra propia tesis expuesta con otro método. No tenemos, pues, por qué volver sobre esto (véase mi opúsculo *El problema de la descentralización administrativa*, Buenos Aires, 1935, pág. 35 y sigtes.).

9. *Modalidades de su obra y consideraciones finales.* En su *Historia de Sarmiento*, cap. V, dice Lugones que en el estilo se ve al periodista, y añade que las cualidades y defectos más prominentes de Sarmiento son sus “rasgos de periodis-

ta"... "El positivismo — dice luego Lugones — es también su cualidad dominante, y de aquí la escasez de metáforas. El periodista debe decir las cosas directamente, interesando a su lector con el valor intrínseco de las mismas".

Lo que Lugones llama positivismo — como si dijera positivismo por oposición a romanticismo — en el sentido literario, se corresponde con el realismo en el concepto jurídicopolítico, y realismo es un punto más que positivismo. El positivista sólo contempla lo que hay, explica lo que es, lo *positivo*. El realista no excluye los elementos *espirituales* que hay en la *realidad*, y en ese sentido hasta puede concebirse un realismo "*idealista*". Pero aun considerando que el político y el realista adapten el derecho a las transformaciones de la vida, y con ello a ciertas exigencias materiales y espirituales ("y en sentido más propio culturales") de la sociedad, aun así Sarmiento no fué sólo eso, como hemos visto.

Sobre el carácter y ritmo de su labor gigantesca, convenimos en que sus obras no son homogéneas, metódicas, integrales, en sí consideradas. No revela Sarmiento una disciplina formada en los métodos científicos, ni en preceptos literarios.

Su labor cuantitativamente considerada, parece aumentar en progresión geométrica. Está delineado un problema cuando ya se le presentan otros que surgen virtuales del anterior. Los esboza con dos o tres ideas y conceptos magistrales y da vida al asunto. No se detiene en detalles; no tiene tiempo. Aborda, vigoroso y firme, — impulsivo casi siempre — el examen de las grandes cuestiones, en medio de una verdadera floración de ideas, y de conminaciones terribles. . . , sin preocuparle la opinión ajena, que le es indiferente. Esta indiferencia es para algunos prueba de una franca vanidad de Sarmiento, explicada y justificada por eso como expresión del genio. (Rojas N., *Psicología de Sarmiento*, Buenos Aires, 1916, pág. 104 y sigtes.).

Cuando explica la cláusula del preámbulo *afianzar la justicia* (*Comentarios*) dice: "¿Cómo, sino de este modo, pue-

“de explicarse el predominio de esos gobernantes que se han  
“perpetuado, durante veinte años ya sin escándalo, a fuerza  
“de ser común el hecho? El conflicto con las legislaturas no  
“se ha obviado por la mayor parte, sino destruyéndolas, inti-  
“midándolas y haciendo imposible toda reclamación, por la fal-  
“ta de tribunal, fuera del alcance de la intimidación y del  
“cohecho, ante quien hacer valer el derecho hollado”.

Quesada (*La figura histórica de Sarmiento*, en *Atlántida*, II, 189), hablando de los caracteres psíquicos y éticos de Sarmiento, dice que éste era exuberante avasallador, excesivo, de naturaleza volcánica, y que en ese sentido “no era un hombre normal, sino un verdadero elemento de la naturaleza, como el aire, el fuego, el agua, que tienen tarea de labor irresistible a despecho de todo”.

Y a la verdad, en su obra — y nada mejor que su obra define su personalidad singular — hay algo que diríamos *cósmico*, que escapa a todo rigor lógico, a todo método o previsión ordenada. Lo cual ha podido trascender en punto al ejercicio de su mandato ejecutivo, en el que, como poder, ya por sistema, existen facultades que al pronto asombran por su extensión en un régimen constitucional propio de una organización democrática.

Es lástima que algunas biografías de hombres extraordinarios como la de Sarmiento aminoren su mérito con esa ingenua relación cronológica o jerárquica de títulos oficiales.

Ese hombre autoritario, impulsivo, dominador, que hacía, él mismo, y sin vacilación, duda o temor, lo que pensaba, y que hacía hasta lo que parecía no haber pensado, sino ocurrido o imaginado, y que luego defendía con la palabra y con la pluma, ese hombre tenía una exquisita sensibilidad. Nada dejaba de impresionarle y de provocar un juicio crítico... Y eso es, precisamente, lo que vemos en su *Comentarios*, que ya lo hemos dicho no es la obra de un jurista, en el sentido académico, sino la obra de un *político del derecho*. No pocas ideas de Sarmiento — aunque no se eleven a la categoría formal de doctrinas — son el resultado de impresiones directas que tuvo

aquí, en Chile, en Europa y, sobre todo, en los Estados Unidos, bajo la influencia de las enseñanzas de la guerra de secesión, y de un examen comparativo de ellas con el medio político o social de su país, en esa época.

Deja parte de las tareas a los que lo sigan. Pero él avanza. Su misión es la de un conquistador, en el sentido de civilizador. Solo después de ver esto se puede juzgar y valorar este aspecto de su obra.

\*  
\* \* \*

Ha pasado medio siglo, tiempo suficiente para una primera discriminación de hechos y valores.

La obra de Sarmiento tiene todavía su dominio natural en la enseñanza pública que parece eclipsar a todo lo demás. Pero es que entre nosotros existe un hábito curioso e infortunado y es el de no reconocer sino lo más visible o más tangible, lo somático, en la labor de un hombre.

Mas una razón de justicia distributiva impone el deber de señalar la obra jurídicopolítica de Sarmiento. Es necesario dar valor al relieve que ella tiene, y en ese sentido lo menos que se debe hacer es reivindicar para el gran estadista uno de sus méritos singulares: el de haber sido, como Alberdi un *político del derecho*, que es lo contrario de un político de partido.

Sin una formación orgánica en las ciencias jurídicas, demostró un profundo sentido de la realidad jurídica y una clara visión del fin en el derecho, es decir, una verdadera *télesis jurídica*. Cuando se escriba nuestra historia de las ideas políticas y jurídicas, Sarmiento, aunque sólo sea por sus *Comentarios de la Constitución*, figurará dignamente en el cuadro de valores culturales de la ciencia del derecho público.

RAFAEL BIELSA

