

Cuadernos de Investigaciones 5

Dos estudios sobre Vélez Sarsfield

por

Abelardo Levaggi



**Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales
"Ambrosio L. Gioja"**

**Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A.
1988**

ÍNDICE

Primera Parte:

Dalmacio Vélez Sarsfield, Constitucionalista

I. Introducción	4
II. Diputado constituyente en 1824 - 1827.	6
a. Ejecutivo nacional provisional.	6
b. Respeto por las instituciones provinciales.	6
c. Facultades del Congreso Constituyente.	7
d. Naturaleza del mandato de los diputados.	8
e. Dotación de los diputados.	9
f. Oportunidad de la Constitución.	9
g. Ratificación de la Constitución.	9
h. Forma de gobierno.	9
i. Calidades de los representantes.	10
j. Atribuciones impositivas de las Cámaras legislativas.	10
k. Composición de la Alta Corte de Justicia.	11
III. Legislador, editor y asesor bonaerense m 1852 - 1858.	12
a. Acuerdo de San Nicolás. Atribuciones del ejecutivo y legislativo bonaerenses. Ejecutivo nacional provisional.	12
b. Navegación de los ríos interiores.	14
c. Facultades de la legislatura sobre sus miembros.	14
d. Facultades de que carecía la legislatura Supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias. Independencia del poder judicial.	14
e. Derecho público eclesiástico	16
f. Traducción de un capítulo del 'Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos' de Story	18
IV. Diputado constituyente en 1860.	19
a. Reformas a la Constitución.	19
b. Modelo norteamericano,	20
c. Composición del Senado.	20
d. Composición del poder ejecutivo.	21
e. Intervención federal.	21
f. Libertad de imprenta.	21
g. Derechos implícitos.	22
h. Competencia de la justicia federal.	22
i. Religión de estado.	23
j. Nombre del estado.	23
k. Unidad de legislación civil.	24
V. Senador nacional en 1862.	25
a. Encargado del ejecutivo nacional.	25
b. Papel del vicepresidente de la República como presidente del Senado.	25
c. Ley Capital. Soberanía provincial.	25
d. Gobernadores, agentes del gobierno federal	26
e. Dominio de la tierra pública.	26
f. Atribuciones del Congreso sobre actos legítimos de gobiernos anteriores.	27
g. Derechos portuarios diferenciales.	27
h. Facultades de las Cámaras durante el trámite de las leyes.	27

VI. Prologuista de la "Historia de la Constitución de los Estados Unidos" de Curtis.	29
VII. Ministro del Interior de Sarmiento.	30
a. Difusión de la literatura constitucional norteamericana.	30
b. Delitos políticos.	30
c. Intervención federal. Atribuciones limitadas del Congreso. División de poderes.	30
d. Dominio del lecho de los ríos navegables. Dependencia provincial.	32
e. Facultad del poder ejecutivo a gobernar la provincia que ha dominado.	33
Índice de cuestiones constitucionales.	34
Notas Primera Parte	35

Segunda Parte:

Fuentes de la Sección " De las personas en general" del Código Civil de Vélez Sarsfield.

1. Las notas del proyecto de Vélez Sarsfield.	39
2. Su concepción del código: el derecho científico aplicado al derecho tradicional.	40
3. La sección "De las personas en general".	43
4. El título "De las personas jurídicas". La influencia de Savigny.	44
5. Procedimientos empleados para la formulación de las normas.	46
6. Las fuentes directas.	51
7. Influencia ejercida en el <i>Código</i> uruguayo.	53
Notas Segunda parte	54

DALMACIO VÉLEZ SARSFIELD, CONSTITUCIONALISTA

I. INTRODUCCIÓN

1. Tan notable fue la obra de Vélez Sarsfield en el campo del derecho privado -civil y comercial - que hizo pasar desapercibida su importante contribución a otras ramas de las ciencias sociales: la economía, el derecho público eclesiástico - del cual me ocupé en otra oportunidad¹ - y el derecho constitucional, objeto del presente trabajo. Pero es lo cierto que, de no haber sido por la altura alcanzada en aquel dominio del derecho, estas otras expresiones de su talento hubieran obtenido mayor repercusión.

Fue un jurista completo, versado tanto en el derecho privado como en el público, y cuando debió incursionar en éste lo hizo con la autoridad que tenía justamente acreditada en aquél. No es sólo una conclusión mía. Él mismo habló de su aplicación al derecho público en la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal (§ 23).

Dijo entonces que quien no se había dedicado a ese estudio no podía hacer nada en materia de constituciones. "Teníamos un encargo muy grave, que era reformar una Constitución que existía en la Confederación, y debíamos saber la materia, conocer los hechos que esa Constitución ha producido. Por mi parte digo que no he economizado tarea ninguna para cumplir en esta ocasión con mi deber".

Ampliando su pensamiento, explicó qué era el derecho constitucional: "una ciencia experimental para la que no tenemos libros en que estudiarla.. no tenemos ejemplo de ninguna constitución escrita en este mundo, antigua ni moderna, en los estados de la Europa o del Asia. No tenemos sino un hecho singular en los Estados Unidos... El único ejemplo repito de una constitución escrita es la de los Estados Unidos, las demás son constituciones en favor de un monarca o de una familia. Constituciones que nosotros no podemos seguir, ni estudiar como modelo... Es necesario no sólo estudiar la Constitución de los Estados Unidos, sino también leer su historia, leer el juicio de los historiadores en las publicaciones del señor Curtis (§ 2) y en los comentarios de Story (§ 2) y otros escritores que nos son comunes",² con quienes compartió una interpretación conservadora de la Constitución.

Se debe, pues, cambiar la estereotipada figura del Vélez civilista o privatista por la más cabal del Vélez jurista en la más amplia comprensión de la palabra.

2. Me propongo, en tal sentido, poner de manifiesto los aportes que hizo en distintas ocasiones al derecho constitucional, como diputado constituyente, legislador, ministro, asesor y alguna vez, también, no movido por fines prácticos sino principalmente doctrinales. Aunque esta obra distó de configurar una exposición completa de ese derecho, los tomos que abordó en forma aislada, a medida que se los proponían las circunstancias, lo muestran como el jurista de sólida formación romanística³ que conocía los secretos de la jurisprudencia y que en esta materia profesó una particular admiración por las instituciones norteamericanas ante las que se rindió, como tantos otros, pese a su origen unitario.

Su interés especial por el derecho constitucional queda evidenciado con la presencia en su biblioteca de una copiosa bibliografía casi toda referida a la Constitución de los Estados Unidos. Reunía el "Curso de política constitucional de Benjamin Constant; "A treatise on the constitutional limitations which rest upon the legislative power of the States of the American Union" de Thomas B. Cooley; "Reports of decisions in the Supreme Court of the United States" de Benjamin B. Curtis, en 22 tomos; "History of the origin, formation, and adoption of the Constitution of the United States" de George Ticknor Curtis, para cuya versión castellana escribió el prólogo (§ 1 y 44); "Lex parlamentaria americana. Elements of the law and practice of Legislative assemblies in the United States of America" de Luther Stearns Cushing; "Collection de constitutions, charters et lois fondamentales des peuples de l'Europe et des deux Amériques" de P. A. Dufau, J. B. Luvergier et J. Guadet, en

6 tomos; 11 tomos de las "Official opinions of the attorneys general of the United States" compiladas y anotadas por Benjamin F. Hall; "La constitution d'Angleterre" de Edouard Fischel; "Eléments de droit public et administratif" y "Supplément aux éléments de droit public et administratif" de Emile - Victor Foucart; "Lecciones de derecho constitucional de Florentino González"; "Considerations upon the nature and tendency of free institutions" de Frederick Grimke; "El Federalista" de Hamilton, Madison y Jay; "The constitutional convention" de John Alexander Jameson; "Commentaries on American Law" de James Kent (§ 41); "Questions constitutionnelles" de Edouard Laboulaye (§ 44); "Elementos de derecho público constitucional teórico, positivo y político" de José Victorino Lastarria; "Constitution de l'Angleterre, ou état du gouvernement anglais" de Jean - Louis de Lolme; el anónimo "L'Angleterre. Etudes sur le self - gouvernement"; "Oeuvres" de Montesquieu (§ 25); "The Constitution of the United States defined and carefully annotated" de George W. Paschal (§ 45); "Poderes ejecutivos del gobierno de los Estados Unidos" de John Norton Pomeroy en traducción de Luis V. Varela (§ 45); "An essay on the history of the english government and constitution from the reign of Henry VII to the present time" de John Earl Russel; "The american system of government" de Ezra C. Seaman; "Commentaire sur la Constitution fédérale des Etats - Unis" de Joseph Story (§ 1, 20 y 22); "A treatise on government and constitutional law" de Joel Tiffany; "De la démocratie en Amérique" de Alexis de Tocqueville (§ 20), y "Poderes de guerra bajo la Constitución de los Estados Unidos" de William Whiting en traducción de Adolfo Rawson (§ 45).⁴

Los momentos culminantes que jalonaron la trayectoria de Vélez Sarsfield constitucionalista fueron su participación, como diputado por San Luis, en el Congreso General Constituyente de 1824 - 1827; su labor como senador bonaerense desde 1852, su intervención en las sesiones de la legislatura de Buenos Aires como ministro de Gobierno; su importante actuación como diputado constituyente en Buenos Aires y Santa Fe, en 1860; su senaduría nacional en 1862; su participación como ministro del Interior de Sarmiento en debates legislativos; y algunos escritos.

II. DIPUTADO CONSTITUYENTE EN 1824 - 1827

3. La incorporación en 1824 -a los veinticuatro años de edad- al Congreso General Constituyente reunido en Buenos Aires lo inició tempranamente en la teoría y la práctica del derecho público.

Abel Chañeton, que siguió puntualmente su labor en el Congreso, anotó que en la discusión de la Ley Fundamental asistió en silencio al debate pero que de vez en cuando terció con alguna observación sarcástica o alguna indicación feliz. Intervino sin prodigarse en cuanto asunto de importancia trató la asamblea, diciendo pocas palabras pero llenas de oportunidad y buen sentido. Su accidental participación en la discusión del proyecto de constitución la atribuyó a una falta de instrucciones de la provincia que representaba.⁵ No obstante la general prudencia con que se desenvolvió en un medio en el que brillaban figuras de la talla de Manuel Antonio de Castro, Valentín Gómez, Juan Ignacio de Gorriti, Julián Segundo de Agüero y Juan José Paso, en sus breves intervenciones asomaron los primeros fulgores de su inteligencia.

a. Ejecutivo nacional provisional.

4. El debate del art. 8 del proyecto de la Ley Fundamental, en la sesión del 22 de enero de 1825,⁶ lo llevó a expedirse con franqueza sobre la constitución del poder ejecutivo provisional. Lo hizo según un criterio al que fue fiel en esas sesiones, de respeto por los intereses y las instituciones de las provincias. Confesó entonces: "yo estoy resuelto a caminar con paso firme hacia donde esté el bien de la patria... pero siempre he de tratar de unir al bien de la patria con el agrado de los pueblos, si se puede".

Integraba la comisión especial que se había elegido para tratar el proyecto presentado por José Francisco Acosta. Sostuvo que se separó del dictamen del resto de la comisión, y que "una de las quejas de los pueblos siempre ha sido, que los que estaban a la cabeza del gobierno fueron siempre naturales de Buenos Aires... eligiendo el Congreso por poder ejecutivo nacional al gobierno de Buenos Aires, elige una persona moral, que hoy día puede ser digna de la consideración del Congreso, y mañana no.. Mírese en esto el influjo grande que se da a la Sala de Buenos Aires en los negocios nacionales; influjo contra el cual se quejarán amargamente las provincias y quejas que el Congreso no tendrá cómo calmarlas... por lo tanto yo he reducido mi dictamen a que quede encargado el gobierno de Buenos Aires, para todo lo concerniente a negocios extranjeros; nombramiento y recepción de ministros; para celebrar tratados y comunicar a los demás gobiernos las resoluciones que expida el Congreso, pero le quito la Palabra *ejecutar*. Yo para esto no he querido acompañarle una comisión; porque he creído que esa comisión es inútil; pues sólo es con voto consultivo, aunque no podría ser de otro modo. Si el voto fuera deliberativo, los diputados que compusieran la comisión saldrían de la naturaleza de sus funciones... esa comisión del Congreso de nada sirve, sino de una especie de engaño que se quiere hacer a las provincias para decir que tienen quien mire por sus intereses".⁷

"El Congreso nada hace con elegir un ejecutivo - agregó al día siguiente, si no le suministra los recursos y medios necesarios para ejecutar. Esta obra creo que debe ser primera y después la elección de la persona o gobierno a quien se ha de encomendar".⁸

b. Respeto por las instituciones provinciales.

5. Una de las primeras palabras que había pronunciado en el Congreso, el 22 de diciembre de 1824, había sido en defensa de las instituciones locales. Se consideraban varias solicitudes de indulto y la posibilidad de dictar un beneficio general. Aunque le reconocía facultad al Congreso para hacerlo no lo consideraba justo sin previo conocimiento de causa y convencimiento de que su finalidad iba a ser buena. No conforme con este argumento invocó los derechos de las provincias.

"Bien sea por la Constitución general, bien sea por la Constitución particular, que se han dado los pueblos -manifestó-, todos los gobiernos, o la mayor parte de ellos están facultados para indultar a los delincuentes con la precisa condición de previo informe de la causa; y aquí el Congreso les va a quitar el derecho de conceder estos indultos con conocimiento de causa, que no pueden menos de conceder en consecuencia del regocijo, que han de demostrar en celebridad de la instalación del Congreso".⁹

Los derechos de las provincias volvieron a su mente al tratarse los poderes del diputado por Córdoba, Eduardo Pérez Bulnes, el 24 de marzo de 1825. Expirando el mandato del gobernador Juan Bautista Bustos, la legislatura cordobesa se había reunido para elegir el sucesor.

Empatada la elección entre Bustos y el coronel Julián Martínez, la suerte lo favoreció al segundo. Los partidarios de aquél produjeron una asonada, disolvieron la representación provincial y entregaron la suma del poder a Bustos.

Vélez Sarsfield, enfrentando al deán Funes, afirmó que "el Congreso debe respetar las instituciones de los pueblos; luego, si algún tirano las ataca y pretende hollar hasta los más sagrados derechos de esos mismos pueblos, el Congreso debe también respetarlo. ¿Es justa esta consecuencia?... al Congreso le importa demasiado que los pueblos estén en condiciones de pronunciarse ellos mismos... que lo contrario se haga a nombre de Fernando 7º o del general Bustos esto sí que no le importa al Congreso, porque lo mismo es, que los pueblos estén oprimidos por un natural de nuestro país, que por un natural de España".¹⁰

El 28 de diciembre siguiente, declarada la guerra con el Brasil, el Congreso trató un proyecto de ley destinado a poner a disposición del poder ejecutivo nacional todas las tropas veteranas del país. Vélez se opuso.

"No veo una necesidad -dijo- de que se declaren estas tropas nacionales, antes encuentro un perjuicio... Yo no creo prudente en el Congreso que se ponga a determinar ya sobre objetos, que deban determinarse después de dada la Constitución... bien se sabe que en nuestra guerra de indios es preciso tener algunas fuerzas veteranas, y los pueblos podrían defenderse con los que tienen y no se contentarán, ni yo me contentaría, con que el gobierno de Buenos Aires tenga a su cargo la defensa de los pueblos contra la guerra de los indios. Así yo quisiera que cuando haya necesidad quede encargado de toda esta fuerza; pero entretanto debe quedar a cargo de los respectivos gobiernos de las provincias".¹¹

c. Facultades del Congreso Constituyente.

6. El 2 de mayo de 1825 se consideraba qué base le daría el Congreso a la Comisión de Negocios Constitucionales para la redacción del proyecto de Constitución y si debía o no pedirla a los pueblos. Vélez Sarsfield defendió la opinión que el Congreso tenía plenas facultades para darla no obstante lo cual era conveniente la consulta.

"Cuando los pueblos mandaron sus diputados al Congreso - expuso -, y éste se declaró instalado, residió en él una plenitud de soberanía, que no tenía más límites que la justicia. Mas el Congreso considerando conveniente, para ejercer con más éxito esa misma soberanía que los pueblos le habían dado, no la resumió en el todo, sino que dando la Ley Fundamental, volvió a los pueblos parte de esas atribuciones que ellos mismos le habían conferido... en la presente cuestión la Representación Nacional está autorizada por los pueblos para dar la forma de gobierno, y la Constitución que crea que más les conviene. ¿Y por esto será obligado a pronunciarse sobre ambas cosas? Siendo más útil a la Nación el que el Congreso dé la Constitución después que los pueblos le hayan dado las bases, ¿podrá por esta mayor utilidad desprenderse de esa facultad que le había sido dada? Y principalmente, cuando no enajena parte de sus atribuciones sino que sólo la vuelve a sus comitentes. La utilidad de esta medida la creo indisputable.

"Se contesta, que los señores diputados han traído instrucciones, que detallan la base bajo la cual quieren los pueblos que se forme la Constitución; luego es inútil que el Congreso la pida, yo creo que este mismo argumento es en contra de la opinión que se quiere hacer prevalecer, porque si los pueblos han dado a los diputados instrucciones sobre la base de la Constitución, es prueba, que sobre este punto se han reservado cierto derecho. Yo creo, que los pueblos que han mandado sus diputados, aunque sea con las instrucciones sobre la base que quieren para la Constitución, no pueden decirle al Congreso, que no han cumplido con su obligación porque les pida de nuevo esas bases... se agrega, que si se pide a los pueblos la base, vendrán unos diciendo que quieren gobierno monárquico, otros federal, otros de unidad etcétera. Pero, si éste es un mal, como en realidad lo es, ¿lo causa el Congreso por pedirles la base de la Constitución a los pueblos? ¿Este mal no existe ya? Luego, no hace más que manifestarse en circunstancias mejores, que sería en aquella en que se expidiera la Constitución. Se verá el estado de desorden en que están las provincias, y será tiempo de remediarlo. Además, que los pueblos sacrificarán gustosos sus opiniones sobre este punto, con tal que no se frustren los trabajos del Congreso: y si esto no se compone ahora, menos se ha de componer cuando se dé la Constitución".¹²

Al día siguiente se discutió si el cuerpo tenía atribuciones para organizar el ejército nacional y uno de los pareceres fue que mientras no se dictase la Constitución nada podía resolver. Vélez, en cambio, le reconoció autoridad.

"Desde el momento que nos hemos reunido en el Congreso, los pueblos han convenido en que él tome a su cargo la defensa, la integridad, y seguridad del territorio. Este es un encargo que si no lo han hecho explícitamente a los diputados, lo han hecho tácitamente, y por eso el Congreso ha dicho, que se encargará de la defensa del estado, porque de otro modo no puede darle la Constitución... la primera obligación del Congreso es la defensa de la Nación".¹³

Con motivo de la presentación del proyecto de Ley Capital, el 25 de febrero de 1826 se discutió nuevamente sobre los poderes del Congreso. A esta altura de las sesiones las declaraciones iniciales de Vélez a favor de los derechos de los pueblos cedían paso a manifestaciones menos entusiastas y a un criterio centralista que anunciaba su adhesión a la forma unitaria de gobierno (§ 11).

"Yo no extraño que los pueblos - dijo en esa ocasión- acostumbrados por largo tiempo a no ver la felicidad sino por sí mismos crean que hacen un sacrificio cuando depositan en otras manos los medios que se la constituya: pero el juicio de los señores diputados no debe formarse por el sacrificio que exijan de una provincia, sino por el tamaño del bien que de ello venga a la patria. ¿Y no se ha demostrado hasta la última evidencia que en este punto están fijos los intereses todos de la Nación?... ¿Aún no estamos suficientemente sacrificados al provincialismo? ¿Siempre la Nación ha de ser la víctima?... se dice, pero el Congreso no tiene facultades, no tiene derecho para hacerlo. ¿Y qué hacemos entonces?... ¿Volveremos a los pueblos a decirles hemos perdido la patria, pero hemos salvado vuestras instituciones que sólo eran un accesorio de la seguridad del país? Esto no puede ser, el Congreso puede hacer no solamente esta ley, sino todas aquellas que sean en bien de la patria, y puede hacerlas sin que se le llame absoluto".

"Una soberanía sin límites no es absoluta. Esta, además de no tener límites, no reconoce dependencia, y una soberanía sin límites la reconoce. Yo digo más, que el Congreso tiene límites, y no es absoluto, pero por eso ¿no puede sancionar esta ley? Entonces no podría hacer ley alguna. El Congreso tiene límites, y son aquellos donde comienza el hombre individual y acaba el hombre social. Él no puede quitarme mi propiedad, ni matarme porque yo individuo tengo derechos separados de los del hombre social: y siempre que el Congreso pase de la sociedad y llegue al individuo, el Congreso pasa sus límites. Estos son los límites de un cuerpo legislativo constituyente, nada más, pero se dice el cuerpo legislativo al formarse ha entrado con trabas sobre las que no puede pasar. ¿Y cuáles son? La ley de la provincia de Buenos Aires, que dijo que la provincia se regiría por sus instituciones... toda condición que quiera poner la provincia debe ser bajo la obligación primera que sobre ella pesa desde más de dos siglos, de vivir en sociedad con los demás pueblos. Y es anárquico que se diga que un pueblo de la unión puede disponer enteramente de su suerte, violando aquellos pactos que por tantos años lo han ligado a la Nación".¹⁴

A la vez que se aprecia cómo se volvía más conceptuoso su discurso se advierte cómo ganaban convicción en él los principios del sistema unitario; la primacía de los intereses nacionales sobre los provinciales.

La consideración del proyecto de navegación del Bermejo y del derecho de Salta para aplicarles impuesto a los buques que pasasen por su territorio puso nuevamente sobre el tapete el tema de las facultades del Congreso. Vélez les reconoció a las provincias el derecho de gravar los buques y le negó al Congreso el de quitarlo, al menos en las circunstancias de entonces. Así lo estimaba en derecho pese a no considerar conveniente ese régimen.

"Mientras que los pueblos puedan regirse por sus instituciones -expresó-; mientras que los pueblos puedan poner gabelas a sus súbditos, el Congreso no tiene facultad ninguna para poner impuestos a los pueblos... ¿hemos de estar pensando que toda la vida siga esa multitud de impuestos que no hacen más que impedir el paso? ¿que toda la vida ha de haber aduanas y se han de pagar tantos derechos para ir a Córdoba y Salta? ¿Y si, como yo lo creo, se pone algún día libre el comercio interior, no habrán de caer esos derechos y esos impuestos por medio de una ley general que dé el Congreso? Yo creo que sí".¹⁵

d. Naturaleza del mandato de los diputados.

7. "Se ha hablado mucho del derecho que tienen los pueblos de revisar las leyes que el Congreso diere - expuso Vélez Sarsfield en la sesión del 5 de septiembre de 1826 - , cuando se ve que los pueblos han mandado sus diputados con plenos poderes, que el Congreso no ha declarado sino que la Constitución es sobre la que los pueblos se reservan el derecho de revisar y que éstos no se han declarado tal facultad, yo pregunto ¿quién la tiene? ¿0 se quiere que esto sea con derecho innato de las juntas por el hecho de serlo? Ellas no tienen esta facultad, ni en derecho, ni en política.. Una vez entrada en la asociación (una provincia) no puede separarse de ella sin consentimiento de las demás... Si se me traen aquí las reglas de los apoderados particulares, yo traeré las de las compañías particulares, y preguntaré si se puede un socio separar impunemente, dejando a los demás socios con las obligaciones que por todos se han impuesto, y mientras los demás no consientan".

Entró en el fundamental asunto del carácter que tenían los diputados constituyentes, planteado desde el inicio de la Revolución y que mereciera interpretaciones diferentes según fuera la perspectiva unitaria o federal. Los primeros se declararon partidarios de la moderna representación nacional, que presuponía la existencia del estado nacional fundado en la soberanía nacional, y los segundos, de la persistencia del antiguo mandato imperativo de los pueblos, que les garantizaba la defensa de sus intereses frente a mayorías nacionales secuaces de intereses opuestos.¹⁶

Vélez Sarsfield adoptó el primero de los partidos, que fue el triunfador, identificado como ya estaba con las posiciones unitarias, 'Las doctrinas de los apoderados particulares aplicados a casos políticos -manifestó - tienen en sí el vicio de todo argumento de paridad que se hace en materias políticas, y esto no sirve de nada porque la diferencia está en que uno es apoderado y el otro diputado, y basta con eso. Por si todavía se quiere más, yo diré que los apoderados particulares van a tratar de los negocios de aquel individuo, y los diputados no van a tratar los intereses de esa provincia sino los de una persona moral, cual es la Nación, pudiendo tal vez estar en oposición los intereses particulares de una provincia con los generales de una nación, y por esa misma

razón no deben tener derecho las provincias a quitar los poderes a los diputados como puede quitarlo un poderdante a su apoderado. Una vez que los intereses de una provincia estuviesen en oposición con los de la Nación, debería el diputado sacrificar los intereses de la provincia".¹⁷ La consecuencia era que las provincias no tenían el derecho de aceptar o desechar las leyes que sancionaba el Congreso.

e. Dotación de los diputados.

8. Se suscitó la controversia, relacionada con el tema anterior, de si el Congreso estaba obligado a dotar de dietas a los diputados o no. La respuesta afirmativa se correspondía con la tesis de la nacionalidad de; mandato y el deán Funes la sostuvo en la sesión del 8 de agosto de 1825. Vélez Sarsfield, quizás no adherido aún a ella, le contestó que había necesidad de probarlo.

"A las provincias se les ha dejado la facultad de regirse por sus propias instituciones. Todas tienen sus rentas, y en la actualidad disponen de ellas por sus leyes... para esto hay muchos arbitrios que, sin duda, los pueblos tocarán con tal de no quedar sin representación en el Congreso, y el último es recurrir a este cuerpo que, con más obligaciones, tiene tal vez menos fondos"¹⁸ La decisión de la asamblea fue afirmativa.

f. Oportunidad de la Constitución.

9. Si bien con posterioridad opinó que el Congreso debía dar la Constitución, en las primeras sesiones mostró alguna vacilación al respecto.

Un proyecto de resolución que urgía a la Comisión de Negocios Constitucionales a cumplir su cometido intentó ser votado sobre tablas. Vélez se opuso el 14 de abril de 1825 "porque los señores, que opinan que la Comisión debe formar un proyecto de Constitución, quieren decir en esto que el país está en disposición de que se le dé una Constitución. Esta es una cuestión grave, y yo no puedo menos de oponerme, a que se largue una Constitución a la ventura de unos pueblos, que no tienen todavía idea de lo que es gobierno. Así que creo que debe presentarse por el autor en forma de proyecto, y pasar por los trámites que establece el reglamento".¹⁹

g. Ratificación de la Constitución.

10. El proyecto de Ley Fundamental disponía en el art. 7 que la ratificación de la Constitución por las dos terceras partes de los habitantes de las provincias, según sus censos, sería suficiente para su establecimiento entre las provincias ratificantes. El 22 de enero de 1825 Vélez pidió su supresión, como en efecto ocurrió, fundado tanto en el interés nacional como provincial.

"Debe tenerse a la vista -argumentó-, que el Congreso al dar la Constitución, tendrá presente los medios, los hombres, los recursos todos de las provincias que hayan entrado al Congreso; y si una tercera parte de estos medios, hombres y recursos falta porque no haya sido admitida la Constitución por esta tercera parte de las provincias, resultará un impedimento para que la Constitución pueda tener efecto... Por supuesto que sujetar después una tercera parte al voto de las otras dos, esto sería en cierto modo hacer ilusorio ese derecho que se han reservado las provincias de aprobar o desechar... Además de esto, esos derechos de la mayor parte sobre la menor no son derechos de una justicia intrínseca, sino de conveniencia; y la Comisión ha querido ponerse en el caso de juzgar, que era más conveniente al estado no obligar a esta tercera parte a que estuviese por la Constitución que sancionase el Congreso, y que adoptasen dos terceras partes, porque tal vez esa tercera parte pudiese encerrar en sí casi todos los medios para la felicidad del estado, y no sería justo, que la parte que pudiese más, se sujetase a la que pudiese menos".²⁰

Más adelante, cuando se trató el art. 167 del proyecto de Constitución, que contenía una disposición equivalente,²¹ también se opuso "para evitar cuestiones de pura teoría a que él podría dar lugar, y que según el número de las provincias que aceptasen la Constitución según su población, la calidad, y demás circunstancias, el Congreso resolvería entonces prácticamente y con más acierto, si la Constitución se ha de ejecutar entre ellas o no y cuál haya de ser su política con respecto a las disidentes".²²

No prevaleció su parecer. El art. 188 del texto aprobado recogió la idea del proyecto.

h. Forma de gobierno.

11. Al considerarse si se adoptaría el sistema uni o bicameral en la futura Constitución, Vélez vinculó esa cuestión con la forma de gobierno. Dirigiéndose al diputado por Santa Fe, José Ellas Galisteo, dijo que "si se teme que las cámaras legislativas constitucionalmente del modo más perfecto bajo el sistema de unidad, esclavicen a los pueblos; ¿por qué no se teme que las cámaras que se establezcan bajo el sistema de federación produzcan el mismo efecto? Lo que viene a concluirse de este principio es que no se quiere ningún gobierno, que se encargue del bien general de la Nación. Yo no tengo que temer, ni creo que los pueblos tienen que

temer tampoco de la creación de las dos cámaras; porque ellos tienen en sí mismos sus destinos... Supuesto que en ambas formas pueden conciliarse los derechos más preciosos del hombre y del ciudadano, aquella es mejor que les arranca una menor parte del fruto de esos derechos, que es la propiedad de sus fortunas; y siempre que igualmente en las dos formas pueda conseguirse la libertad del país y de los individuos, no debe perderse de vista que una forma exige más sacrificios y más contribuciones que la otra... todo aquello que tienda a aumentar los gastos públicos y a sacar de los particulares más caudales, sin que tenga otro objeto que vivir bajo una forma de gobierno, cuando puede asegurar la libertad e independencia tanto una como otra, es malo... mirada la cuestión bajo el punto de vista en que debe mirarse, no hay duda que el sistema de unidad es el mejor y el más adecuado para la felicidad de los pueblos, y muy particularmente en el estado en que hoy día se hallan".²³

Su adhesión al sistema de unidad -en cuyo favor no dio argumentos suficientemente convincentes- ya era manifiesta. San Luis, a quien representaba, era una de las provincias que en esa materia se había sometido a la decisión del Congreso. Es así que otro representante puntano, Santiago Funes, votó por la federación.

i. Calidades de los representantes.

12. Se pronunció sobre dos aspectos: la exigencia de bienes de fortuna y la incompatibilidad con un servicio a sueldo del poder ejecutivo. Acerca del primer punto expresó en la sesión del 6 de octubre de 1826 que era "una de las cosas más importantes que puede tener una Constitución hablando de la Cámara de Representantes; y es preciso que no esté a arbitrio de los electos el decidirlo. Yo me valdré del ejemplo de Inglaterra, donde se exigía también. Iban los diputados y decían, sí señor, los tenemos, y no hacían más que presentarlos; entonces se les exigían al acto de la incorporación, haciendo juramento de que eran bien adquiridos. A pesar de esto todavía se vio que entraban hombres que no tenían responsabilidad alguna; y entonces se les exigió que aquel fondo había de ser adquirido un año antes de la elección".²⁴

En cuanto a la independencia del poder ejecutivo, encontró "bastante difícil el poder señalar los empleos... Puede haber empleos, además de los de las oficinas a que se hace referencia, que son amovibles a voluntad del señor presidente de la República. Y así es que la Comisión se ha visto en la necesidad de reconocer el principio de que en el estado actual del país en general, esto no puede pasar así absolutamente; porque luego en otro artículo se dice que ningún senador ni representante podrá ser elegido para ningún empleo sin consentimiento de las Cámaras. Aquí se ve que las Cámaras pueden dar su consentimiento para que un diputado pueda ser empleado por el poder ejecutivo; porque aunque no sea empleado antes de ser representante, puede serlo después; y para el caso todo viene a quedar a la resolución de las Cámaras. Por esto yo creo que debe suprimirse esta parte del artículo; y cuando llegue el art. 39, que dice 'ningún senador o representante podrá ser empleado por el poder ejecutivo sin su consentimiento y el de la Cámara a que corresponda', que diga: 'ningún senador o representante podrá ser empleado por el poder ejecutivo ni retener empleo ninguno sin consentimiento de la Cámara a que corresponda'; y en mi concepto debía decir de las dos Cámaras, porque esto toca al poder legislativo en general; y las Cámaras no pueden privar a un individuo de su cuerpo de un destino sin una causa grave".²⁵

j. Atribuciones impositivas de las Cámaras legislativas.

13. Expuso sus dudas sobre la conveniencia de reservarle a la Cámara de Representantes la iniciativa en la imposición de contribuciones; con razones atendibles, dado el carácter popular que también tenía el Senado.

"Si bien se puede encontrar algún objeto en que la Cámara de Representantes tenga exclusivamente el derecho de votar los impuestos, no sé -dijo-, quitado este derecho a la Cámara de Representantes, a qué viene el que ella sola tenga el derecho de proponer. Observo también que, tomada esta materia tan en general, no solamente es, excluida de la creación de impuestos, sino de la abolición de otros. Un cuerpo popular como es el Senado, no sé como no puede en nombre del pueblo mismo pedir a los representantes de la Nación la abolición de un impuesto, que grave sobre el pueblo. No sé tampoco porqué el poder ejecutivo, que está más versado en la recaudación de los impuestos, y que ve los males que produce alguno de ellos, no puede proponer también a las Cámaras su abolición o la creación de otro nuevo. En un cuerpo legislativo, en que es preciso darle o bien al poder ejecutivo o bien al Senado prerrogativas particulares, que no sean dadas a cuerpos meramente representativos del pueblo, sino que se les juzga ya con atribuciones particulares; las prerrogativas en este caso se vienen a mirar como el derecho que se deja al pueblo para atajar algunos males, por los que ha sido preciso pasar... Pero nosotros que vamos a crear un Senado popular, una Cámara popular, y un gobierno popular también, no sé que objeto pueda tener esto sino el de remediar un mal que ya no existe".²⁶

No sólo se mantuvo la cláusula sino que pasó a la Constitución de 1853.

k. Composición de la Alta Corte de Justicia.

14. Breve fue su intervención aquí. Se redujo a apoyar al número de nueve jueces proyectado, "quitando los fiscales del artículo, que no debían componer la Alta Corte, y cuyo nombramiento era del gobierno o de las Cámaras", y a proponer que se dejase a las partes la facultad de recusar al menos dos de los jueces.²⁷ Ninguna de las dos iniciativas fue acogida.

15. Cerró su actuación en ese Congreso con una deslucida misión. La que desempeñó ante Facundo Quiroga, a quien en vez de presentarle personalmente la Constitución sancionada, como era su deber, por miedo al caudillo sólo se la envió desde Mendoza por mano de un subordinado sin haber tenido la oportunidad, por lo tanto, de demostrarle la conveniencia de su aceptación. No obstante, la asamblea le aprobó la conducta.²⁸

III. LEGISLADOR, EDITOR Y ASESOR BONAERENSE EN 1852 - 1858

16. A partir de la caída de Rosas asumió un papel protagónico en la política porteña desde el gobierno, la legislatura y la prensa.

En esos años de intensa labor pública, en los que defendió con vehemencia los intereses de Buenos Aires frente al gobierno de Paraná, terminó de modelar su pensamiento constitucional sobre los principios de la ley fundamental norteamericana, que adoptó como norte de su doctrina, y con cuyos intérpretes confesó encontrarse seguro (§ 25).

Los hitos de esta etapa de su trayectoria como constitucionalista fueron su participación en las jornadas de junio de 1852 en la legislatura, durante las cuales impugnó el Acuerdo de San Nicolás; su intervención, como representante o senador, en otros debates legislativos, y sus publicaciones y dictámenes. No asistió, en cambio, a las sesiones de la Sala de Representantes en las que se discutió y sancionó la Constitución de 1854.

a. Acuerdo de San Nicolás. Atribuciones del ejecutivo y legislativo bonaerense. Ejecutivo nacional provisional.

17. Renovada la legislatura de Buenos Aires después de Caseros fue electo representante. Por entonces Urquiza impulsaba la convocatoria del Congreso Constituyente, cuyas bases acordarían los gobernadores. Francisco Pico redactó uno de los proyectos y Vélez tuvo alguna parte en su ideación.²⁹ Otro fue, sin embargo, el que suscribieron los mandatarios provinciales en San Nicolás de los Arroyos el 31 de mayo, y que Buenos Aires rechazó frontalmente. La Sala de Representantes fue la caja de resonancia de esa oposición y Vélez, uno de los caudillos de la resistencia.

En su carácter de miembro de la Comisión de Negocios Constitucionales, que mantuvo ese año, comenzó a analizar el Acuerdo en la sesión del 6 de junio. Se trataba de definir la naturaleza jurídica del acto, las atribuciones de la Sala en su celebración o perfeccionamiento y el consiguiente deber del gobierno en remitírselo.

"Si era un tratado -manifestó-, debía presentarlo original, exigiendo la autorización de la Sala para su ratificación", o solicitando de otra manera su aprobación. La Comisión de Negocios Constitucionales veía en el acto firmado por los señores gobernadores en San Nicolás un acto informe en todas sus partes, cualquiera que fuera su naturaleza. Si era sólo un acto oficial del gobierno de Buenos Aires, disponiendo en el círculo de sus atribuciones, debería estar firmado por los señores ministros para que él importara un acto oficial del gobierno. Pero ese acuerdo, le llamaré así, firmado en San Nicolás, sólo bajo la firma del señor gobernador disponiendo en las materias más graves. Si él se consideraba un tratado, como que estipulaba mutuas obligaciones entre los gobiernos de las provincias, era manifiesto por su sola inspección que no se había considerado necesaria la autorización de la H. Sala para contraer esos compromisos; pues que si fuera así, ese tratado no podía haberse publicado, como que ningún tratado se publica hasta no estar ratificado. La Comisión de Negocios Constitucionales se ha persuadido que no se había pensado someter ese acto a la aprobación de la Sala... Se confirma en esta idea, desde que tampoco en ese tratado se habla de ratificación, de autorización del cuerpo legislativo, ni se designa término para ella, sino que aparece un acto definitivamente concluido. Desde entonces la Comisión había creído que la Sala debía anticiparse a pedir que ese tratado se le sometiera a su aprobación, y no meramente que se le diera conocimiento del negocio".³⁰

El 12 prosiguió el análisis del Acuerdo y de los derechos de la legislatura ante el mismo. Esta había aprobado el 8 una minuta de comunicación al ejecutivo según la cual ningún decreto u orden derivado del tratado debía ser cumplido sin la previa presentación de aquél a la Sala y sin que ésta le prestara su sanción.

Vélez Sarsfield explicó, en medio de la tormenta política desatada, que ése era "el derecho escrito de la República Argentina. Este es el derecho que nos legaron los venerables hombres que en 1816 declararon la independencia de la República. Después de aquel memorable acto, dieron inmediatamente una constitución interina para el gobierno del estado, el Reglamento Provisional de 1817, y en él establecieron que el poder ejecutivo antes de publicar y ejecutar los tratados que celebrara, debía someterlos a la aprobación del cuerpo legislativo. Lo mismo ordenó el Congreso General de 1824 por la ley del 23 de enero de 1825, por la que arregló el gobierno interino de la República. Este es también el derecho consuetudinario de la antigua patria; pues el primer tratado que celebró la Nación, el tratado con la Inglaterra, antes de su publicación y ejecución se sometió en esta misma Sala a la aprobación del Congreso General. Este es también el derecho que la República ha pensado darse toda vez que ha proyectado alguna constitución general. Así se determinó en la Constitución sancionada en 1819, y en la que después se dio en 1826. Este es también el derecho escrito de la provincia en

Buenos Aires, como resulta de todas las leyes que antes de ahora la Comisión ha hecho presente a la Sala. Este también es su derecho consuetudinario, como aparece de todos los tratados que se han sometido a la aprobación de su legislatura, y que la Comisión ha enumerado. Estas son, pues, las leyes de la Nación y de la provincia... La Sala sólo quiere que no se alteren, que se observen tan solemnes sanciones, que hacen la base del gobierno republicano... No es un tratado con potencias extranjeras que pudiesen decirnos que ya tienen derechos adquiridos. No; es un acuerdo entre gobiernos hermanos para organizar la Nación, que debe ser voluntario y que a nadie da derechos adquiridos mientras los pueblos no asientan a él".³¹

En buena parte porque le convenía a Buenos Aires -herida en su orgullo por el papel protagónico asumido por Urquiza y expuesta a ceder posiciones frente a la voluntad mayoritaria de las provincias del interior- pero en parte también porque se iba operando en su mente una conversión al federalismo de inspiración norteamericana, sus argumentos de esas jornadas, a diferencia de 1826 (§ 10), se dirigieron a afirmar los derechos preexistentes de los pueblos.

La decisión política de derribar el Acuerdo y privar al caudillo entrerriano de los poderes convencionales que el mismo le aseguraba era previa -de todos modos-, en la dirigencia porteña, a la comprobación de los vicios jurídicos que le encontraban. De allí que dos años después declarara arrepentido, aunque refiriéndolo a 1827: "no volveré a votar la disolución de la Nación ni pondré jamás el menor obstáculo a la unión de los pueblos, cualesquiera que sean las dificultades que se presenten".³²

El 22 de junio, con el volcán de la rebeldía en plena erupción, produjo una notable pieza doctrinaria y oratoria que enardeció a una barra predispuesta favorablemente. Razonó extensamente sobre cuestiones constitucionales de importancia: la organización del poder nacional, el estado en que quedarían las instituciones provinciales y la formación del congreso constituyente. He aquí sus partes principales:

"Si el acuerdo se llevase a efecto ¿qué vendría a ser el honroso cargo de gobernador de Buenos Aires? El no podría cuidar de las fronteras de la provincia, de la defensa de ellas, de la paz interior. El no tendría un solo soldado a sus órdenes, ni otras rentas que las que quisiera dejarle el encargado de las relaciones exteriores. Los poderes públicos de la provincia no podrían ya legislar el comercio exterior; pues que a otro poder extraño correspondía disponer sobre la navegación de los ríos... ¿A qué quedan reducidas las facultades del gobernador de Buenos Aires? No conozco un ser moral más abyecto, ni más insignificante que el gobernador de Buenos Aires despojado de los poderes que se transmiten al general Urquiza.. Queda el general Urquiza en verdad de poder ejecutivo de la provincia sin haber antes creándose entre él y la provincia de Buenos Aires ninguna relación de derecho político, sin tener ninguna dependencia de la legislatura ni del pueblo".

"El Acuerdo supone que alguna persona ya estaba investida con la soberanía exterior de la Nación, y le da todas las facultades expresadas, como consecuencia de un poder preexistente. Pero ese encargado de las relaciones exteriores aún no existe para la Sala de Buenos Aires. El pueblo no ha tenido parte alguna en esa delegación de la soberanía nacional. El señor gobernador reunido con otros gobernadores en Palermo confió al general Urquiza el encargo de las relaciones exteriores sin autorización ni consentimiento del cuerpo legislativo de Buenos Aires".

"Los gobernadores reunidos en San Nicolás se han constituido por sí en un cuerpo legislativo. Han dejado su puesto para crearse otro puesto más alto. Se han hecho legisladores y han legislado en efecto, pues han dado poderes públicos superiores a ellos mismos, como el director provisorio con facultades y poderes en toda la Nación. Han penetrado así hasta el fondo del gobierno nacional: se han convertido en poder electoral, en poder constituyente, en verdaderos legisladores absolutos, olvidando que los poderes que investían eran limitados a los intereses exclusivos de cada una de las provincias... Pero tampoco todas las Salas provinciales pueden formar el cuerpo legislativo nacional, y dar los poderes nacionales que da el Acuerdo al general Urquiza. En el fondo y esencia de todas las instituciones debe aparecer la primera ley de los gobiernos democráticos, la voluntad del pueblo; y nosotros por la voluntad del pueblo, por las leyes que regían cuando fuimos elegidos para componer la Sala de Buenos Aires, formamos únicamente el cuerpo legislativo de la provincia... La provincia de Buenos Aires se tiene dadas sus leyes para reunirse en congreso con las otras; y a su legislatura sólo le correspondería declarar que ha llegado el caso de formar un congreso general".

"El hombre político no es el instrumento momentáneo de un poder que subsiste fuera de él. El recibe ese poder del mandato que le ha sido dado a su persona por el pueblo mismo. Ejerce un derecho que le pertenece en virtud de una delegación las más veces directa. De aquí la necesidad para proteger la función política, de extender la garantía a todos los actos de la persona, y principalmente a la inamovilidad del destino que ocupa hasta el término del mandato. Esta garantía, aunque personal, no es un privilegio; pues no es una prerrogativa del hombre diputado, sino una protección al derecho político. El artículo que discuto parece reconocer esos principios, pero no les da la latitud que debían tener, pues sujeta los diputados a una destitución sin causa, que les quitará la independencia de que deben gozar. Un congreso reunido bajo de tales bases tendría en sí un principio disolvente. Los encargados de la primera autoridad nacional estarían a merced de autoridades subalternas; y cualquiera comprende que los diputados de ese congreso habrían de durar en sus funciones según fueran sus opiniones, o sus actos agradables o no a los gobernadores, o a los que gobiernan a éstos" (§ 7).

"En los Estados Unidos, la Constitución que sancionó el Congreso fue puesta a libre aceptación de los estados particulares, y hubo algunos de ellos que no la aceptaron hasta pasado mucho tiempo. Otros pidieron para su aceptación algunas modificaciones, y las obtuvieron en efecto. El último Congreso de la República dejó también al examen y aceptación de las provincias la Constitución que sancionó en 1826. Estos grandes ejemplos no han querido seguir el Acuerdo de San Nicolás. Una Constitución impuesta a los pueblos para nada sirve. Por la naturaleza del mandato, que no tenía precisos términos; por la importancia de él, y por la permanencia que iba a tener el acto que sancionaran los diputados del congreso, él debía ser revisado por los pueblos, a no dar al cuerpo constituyente un poder absoluto que ni debiese respetar la opinión pública respecto a los poderes que constituyera".³³

b. Navegación de los ríos interiores.

18. Otro asunto en que chocó con la política de Urquiza fue el tratado con Inglaterra, Francia y Estados Unidos sometido a examen de la legislatura. Como miembro informante de la comisión especial que lo consideró, propuso su rechazo en la sesión del 31 de agosto de 1853 fundado, entre otros, en los siguientes argumentos: "las estipulaciones de los tratados son un ataque directo y alevoso a la propiedad y posesión de la isla de Martín García y al gobierno de Buenos Aires; aunque reconozca como una de sus primeras leyes la libre navegación de los ríos, no puede aceptar principio ninguno como condición precisa para conservar sus derechos de posesión y propiedad a la isla de Martín García: no va a obtenerlos ahora de la Inglaterra ni de la Francia. La Inglaterra y la Francia, las naciones menos liberales en la libre navegación de los ríos internos, son las que tratan de exigimos como un principio la libre navegación de nuestros ríos. Estas han reconocido respecto a Buenos Aires y a la República Argentina el principio contrario del que ahora quieren imponernos", refiriéndose a los tratados celebrados en tiempo de Rosas.

"Nos imponen también condiciones irritantes a la soberanía legislativa de la República o de la provincia de Buenos Aires, prescribiéndonos una uniformidad absoluta en los derechos de aduana, puertos, fanal, etc., y con el cargo de balizar y marcar los canales de los ríos para mayor comodidad de sus buques: nadie puede negarle a Buenos Aires o la República Argentina el derecho de legislación interior de sus puertos, pues es lo mismo que el derecho de la legislación de su territorio".³⁴

c. Facultades de la legislatura sobre sus miembros.

19. El 27 de mayo de 1853 se ocupó del tema y presentó un proyecto de ley. Lamentablemente, las actas de ese período legislativo son sumarias y sólo recogen algunos conceptos. Ponen en boca de Vélez Sarsfield que "este dominio de la Sala sobre sus miembros no la degrada. En Inglaterra, en los Estados Unidos y en la Cerdeña los cuerpos representativos tienen y ejercen esta facultad. Quisiera también que los hechos y dichos de los diputados en la Sala tengan en ella misma un juez que no los haga irresponsables, y con su irresponsabilidad, superiores a la provincia".

Según su proyecto "la Sala de Buenos Aires podrá castigar a sus miembros por faltas en el cumplimiento de sus deberes, o por su conducta inconveniente dentro de las sala de sesiones, o por actos o escritos fuera de ella contra la misma Sala, con las penas correccionales de arrestos que no pasen de ocho días o multas que no excedan de dos mil pesos, y aun expulsar a alguno de sus miembros o declarar vacantes sus puestos con una mayoría de dos tercios de los diputados presentes".³⁵

d. Facultades de que carecía la legislatura. Supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias. Independencia del poder judicial.

20. Llegamos a una de sus contribuciones más notables al derecho argentino y a la más importante -en mi opinión- en materia constitucional. Significó apartarse de ideas europeas arraigadas de primacía legislativa, todavía vigentes en cabezas menos iluminadas que la suya,³⁶ y trazar un nuevo surco en el sistema constitucional argentino, aún hoy abierto a nuevas posibilidades.³⁷

Se trataba en el Senado de Buenos Aires, una de cuyas bancas ocupaba, un proyecto de ley remitido por la Cámara de Diputados que anulaba en general las sentencias del Tribunal de Recursos Extraordinarios creado por la ley del 5 de diciembre de 1838 recaídas en causas anteriores a esa fecha, pero con la mira puesta en particular en un ruidoso pleito de José María Riglos con Nicolás Anchorena sobre retracto gentilicio.³⁸ En una palabra, se procuraba anular por ley sentencias judiciales firmes.

Para contrarrestar la iniciativa, Sarmiento, Andrés Somellera y Juan José Alsina presentaron otro proyecto -en cuya elaboración intervino Vélez- según el cual correspondía al poder judicial "sin limitación alguna en cuanto a la validez de sus decisiones, la interpretación de la Constitución y de las leyes, como

también el juicio sobre la conformidad de éstas y lo que ellas puedan afectar a las disposiciones de aquélla, en todos los casos de una aplicación particular que se hallen sujetos al examen y decisión judicialia".

Se opuso al proyecto de los diputados y apoyó el de sus colegas con sendas alocuciones en las que no se sabe si admirar más la claridad de las ideas o la profundidad del análisis en que basó la doctrina de la independencia del poder judicial y de la supremacía de la Constitución, cuya primera parte anticipara con la declaración hecha el 23 de octubre de 1852, que la Sala no debía "constituirse en juez superior o de apelación respecto de los actos del gobierno, como tampoco de la excelentísima Cámara de Justicia, pues los poderes son independientes entre sí".³⁹

La primera alocución la pronunció el 14 de agosto de 1858. Dijo en esa ocasión: "nada sabernos, nada puede saber el Senado, y se le exige sin embargo que diga, que el Tribunal de Injusticia Notoria ha sentenciado causas en las cuales no había ni recursos extraordinarios; que sus sentencias han tenido efecto retroactivo; que tome en fin el carácter y el lugar del juez. Usurparíais facultades que no son de la Cámara: podéis legislar sobre el derecho público, sobre el derecho político, sobre el derecho administrativo; pero nada podéis sobre el derecho privado de un particular respecto de otro, sobre lo que importen los hechos o los contratos en sus relaciones de derecho. La Constitución no dio al Senado otras facultades judiciales que la de juzgar a los funcionarios públicos acusados por la Cámara de Representantes, no para definir las acciones civiles o criminales, sino con el solo fin de privarles de oficio público. El derecho individual, diré así, el verdadero juicio de la causa lo libra aún a los tribunales ordinarios.

"Es también la ley que se propone una ley inútil, porque los tribunales de justicia no juzgarán por ella en un pleito entre partes. Al contrario, la juzgarán a ella como una ley inconstitucional que jamás deben aplicar quebrantando la primera ley del Estado, la Constitución política que declara, que las leyes no pueden tener efecto retroactivo".

"Vamos ahora a ver los fundamentos del que se propone a la Cámara. Se dice que el proyecto es ininteligible, que es una charada indescifrable. Lo hemos formado, con el mayor estudio, tomando cada palabra de Story y del señor Tocqueville. Precisamente se ha dicho lo que preveíamos y queríamos que se dijese: que es un misterio, una resolución incomprensible porque eso demuestra la necesidad de su sanción, y que lo que no se entiende por algunos es el poder judicial que nuestra Constitución ha creado, por la razón que, dice el señor Tocqueville, que ningún europeo, ningún francés puede entender el poder judicial de una república democrática regida por una constitución. Los que no lo entienden es porque han vivido hasta hoy con otros principios de legislación y no han atendido a la inmensa alteración que en ellos ha hecho la sanción de la Constitución del Estado.

"Este país fue regido por leyes que daba el soberano de la América: no había en el orden político una voluntad o una ley superior a la suya. No era esto por ser el gobierno despótico. La Inglaterra, pueblo libre, pero que no tiene una constitución política, es regido por las leyes que da el Parlamento. Así, pues, nada más cierto en esas naciones, que los jueces deban aplicar precisamente las leyes que dé el poder legislativo. Nosotros mismos, después de la emancipación hemos vivido con cuerpos legislativos de soberanía absoluta; y los jueces sin duda debían conformar sus sentencias a las leyes todas que se dictaran.

"Pero se da una Constitución política que limita en precisos términos las facultades del poder legislativo y el poder judicial, y establece derechos individuales que no podrán ser alterados por las leyes. La Constitución domina sobre todos los poderes; ella es una ley superior a todas las leyes que puedan dar los cuerpos legislativos, y a ella deben los jueces principalmente ajustar sus decisiones sin aplicar jamás una ley inconstitucional que se diera por el cuerpo legislativo. De este nuevo orden político nacen nuevos principios y nuevos derechos. Si la Constitución es la primera ley a que deban ajustarse las decisiones judiciales, el juez tiene facultad para comparar una nueva ley que se dé y negarle o no su aplicación; es decir, interpretar la Constitución y la ley nueva en el caso del pleito que debe juzgar. El poder judicial es el único en quien residen las facultades de juzgar. No puede una ley venir a decirle, en un pleito que ya existe, cómo ha de entender la Constitución y las nuevas leyes. El tiene por primer guía la Constitución política; no interpreta las leyes y la Constitución sino en el caso de un pleito que le está sometido y para sólo ese pleito. No juzga la ley nueva, sino porque tiene que juzgar un proceso. El no habla al pueblo, no le impone obligaciones, sino que aplica en silencio y en una causa privada la Constitución y las leyes.

"El poder judicial es por su naturaleza tranquilo, sin acción; no se mueve como dice el señor Tocqueville sino cuando lo mueven por una demanda o acusación: pero entonces él es el juez único, y nadie puede venir a darle leyes para enseñarle cómo ha de juzgar una causa sujeta a su examen y decisión. El no revoca ni la ley inconstitucional, sino que se reduce en un pleito dado a negarle su aplicación... Digo más, como la Constitución no ha puesto un tribunal de revisión de las sentencias de los jueces superiores, el poder judicial no tiene limitación alguna en cuanto a la validez de sus decisiones; pero éstas pueden ser injustas, contrarias a las leyes, y entonces el juez puede ser acusado ante el Senado por la falta de sus deberes.

"Así, esos oscuros magistrados, encargados sólo de la decisión de pleitos entre partes, son los verdaderos guardianes de la Constitución y de los derechos individuales, sin agitaciones, sin bulla, sin revocación de las mismas leyes inconstitucionales. La Constitución queda a salvo de los avances de los cuerpos deliberantes, y

éstos saben que hay un poder oscuro pero muy efectivo que dejará sin efecto sus sanciones si ellas atacan los derechos individuales que la Constitución ha garantido. Buenos Aires va a ser así tan libre como la república de los Estados Unidos y su Constitución tan efectiva como la de aquella república".⁴⁰

El 17 de agosto volvió a ocuparse del tema a propósito de la opinión vertida por José Mármol, que el proyecto de los senadores, o trataba de investir al poder judicial de facultades que no tenía y era inconstitucional, o era inútil porque declaraba un hecho, y un derecho que ya existía en los tribunales de justicia.

"Suponiendo el señor senador -le replicó Vélez Sarsfield- que tratábamos de dar nuevas facultades al poder judicial, dijo que queríamos igualar nuestro poder judicial al de los Estados Unidos, a su Alta Corte de Justicia única en el mundo, y darle las facultades que ésta tiene cuando nuestro poder judicial está constituido de otra manera.

"La Comisión no ha pensado en verdad dar otros poderes que los que tiene el poder judicial, sino sólo declarar la jurisprudencia que nacía de la Constitución del Estado. En los Estados Unidos no hay una ley semejante a la que propone la Comisión; pero eso mismo se entiende y se observa por la jurisprudencia constitucional que nace de los artículos expresos de la Constitución. El proyecto lo hemos formado con mucho estudio, tomando cada palabra del magistrado Story y del señor Tocqueville.

"Siendo tan reciente nuestra Constitución advertíamos que la jurisprudencia que de ella resulta respecto al poder judicial no era bien comprendida ni del pueblo ni de muchos de los miembros de la Cámara; proponíamos sólo hacer una declaración, fijar la jurisprudencia constitucional sobre el poder judicial, causar una discusión, ilustrar entonces la materia, sembrando una semilla que no será perdida. Esto se ha conseguido ya. Los legisladores dudarán de su omnipotencia advirtiéndoles que hay una ley superior a ellos, la Constitución del Estado, y un juez que, en los casos particulares pueda dejar sin efecto una ley inconstitucional. El pueblo sentirá asegurados sus derechos individuales sabiendo que no pueden ser violados por ninguna deliberación del cuerpo legislativo; que los tribunales de justicia han de decidir al fin entre los derechos individuales garantidos por la Constitución y a las leyes nuevas que quieran destruirlos. Esta semilla tirada al campo de la grande inteligencia del pueblo de Buenos Aires ha de producir los efectos de una ley expresa. La Comisión como ya lo habíamos previsto en ella, puede ahora retirar sin cuidado el proyecto de ley, que ya está conseguido su objeto.

"Si queremos tener la misma jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos respecto al poder judicial, es porque en esta parte la Constitución de Buenos Aires es igual a la de aquella república. Si su poder judicial es único en el mundo, es porque es la única república democrática que en el mundo hay regida por una Constitución y no por peculiaridades de su territorio o de sus costumbres. Buenos Aires será la segunda. La jurisprudencia respecto al poder judicial en la Alta Corte de Justicia en los Estados Unidos descendió como era natural a ser la jurisprudencia de cada estado particular, que no tienen alta corte de justicia como no la tiene Buenos Aires. Pero cada estado tiene su Constitución como Buenos Aires tiene la suya, en las cuales se manda como manda la de Buenos Aires, que los tribunales se rijan por las leyes existentes y que en adelante se diesen en lo que no sean contrarias a la Constitución. ¿Y quién juzga en un caso privado, sometido al examen de los jueces, de la conformidad, o disconformidad de la ley nueva a la ley constitucional? El juez, únicamente, porque sólo al poder judicial está dada la facultad de juzgar, de otra manera la Constitución del Estado, los derechos individuales podrían cada día ser destruidos por sucesivas leyes inconstitucionales, cuando la primera ley, la Constitución política le prescribe que no aplique leyes contrarias a la Constitución. Si no lo hacemos así, si rigen todavía las facultades extraordinarias de los cuerpos deliberantes, no hemos de llegar a ser estrella en el mundo como lo anuncia otro señor senador.

"Pero se dice que nuestro poder judicial está constituido de otra manera que el de los Estados Unidos. Pero ¿de qué manera? Esto me hace acordar de algunos jueces que en la dificultad de dar una providencia, dicen *hágase conforme a derecho*; y él mismo no sabe cuál es el derecho. ¿Los jueces acaso como lo ha dicho el último senador [Marcelo Gamboa] son simples ejecutores, brazos auxiliares del cuerpo legislativo? ¿no hay una ley, no hay una Constitución superior al cuerpo legislativo que limita sus funciones, que le señala derechos individuales que él no puede alterar? ¿o nuestra Constitución no gobierna, no es superior a los individuos y a los mismos poderes públicos? No, no hay diferencia alguna esencial en la constitución del poder judicial en los Estados Unidos, y a la que se le da por la Constitución de Buenos Aires, y por esto queremos que rija la misma jurisprudencia".⁴¹

e. Derecho público eclesiástico.

21. De sus opiniones en esta materia me ocupé en otra oportunidad.⁴² Ahora me limito a recordar algunas ideas vertebrales. Forman parte del libro que publicó en 1854 con el título "Derecho público eclesiástico. Relaciones del Estado con la Iglesia en la antigua América Española",⁴³ y del dictamen que produjo como asesor del gobierno de Buenos Aires el 19 de junio de 1855, sobre el pase de las bulas presentadas por Mariano

Escalada. En ambos escritos el tema central fue el patronato, asunto sobre el cual se expidió por primera vez en 1834, con motivo del "Memorial ajustado" formado a iniciativa del fiscal Agrelo.

En el libro, dedicó el capítulo final a evaluar el patronato indiano y fundamentar su reforma. Reconoció el derecho de los gobiernos americanos como herederos de los reyes de España. "Los gobiernos de América continuaron reconociendo los deberes que les imponía el patronato de las iglesias. Si éstas han de existir como han existido hasta ahora, será bajo las leyes que erigieron esos templos, esas catedrales las autoridades todas de la Iglesia, leyes que proveen al culto público, a la dignidad y mantenimiento de los ministros y sujetan al pueblo católico aun en su vida civil a la jurisdicción eclesiástica".

"¿Y por qué los sumos pontífices desconocerían a los soberanos de América esos derechos que les daban las leyes por las cuales se han regido?... El clero y pueblo cristiano tienen, sin duda, derecho a seguir bajo de esas mismas leyes que les legaron sus mayores, si ellas han dado un resultado más feliz que el que pudo prometerse la Santa Sede cuando dio la primera bula del patronato". El argumento más fuerte, conforme a la doctrina regalista, era que "esas concesiones fueron por otra parte al que gobernaba la América, al que se decía dueño de ella, porque el patronato de las iglesias es patronato real y no meramente personal: es decir, siempre pertenece al señor del territorio, al soberano del pueblo donde la Iglesia esté situada".

Compartía la tesis regalista, de la que estaban impregnadas las leyes, tal como lo había hecho veinte años antes en el "Memorial ajustado",⁴⁴ más un regalismo moderado por la idea de la inconveniencia -anticipada entonces- del patronato indiano. "Las facultades que dieron las leyes a los soberanos de América para el gobierno y administración de las iglesias eran moderadas por el espíritu religioso de aquellos tiempos... El espíritu público, la creencia de todos era una corriente que superaba a las leyes mismas y hacía imposible el menor abuso de la autoridad temporal. Esos tiempos pasaron, y pasaron también aquellos en que se vio a la Iglesia dominando las naciones. Pero han quedado los gobiernos con el poder que entonces se crearon por la lucha que comenzó en el siglo XIII. No existen los sentimientos religiosos que moderaban su acción, y desde entonces la Iglesia ha sido absorbida, diremos así, por el Estado... Una nueva ley de patronato debería fijar las nuevas relaciones del Estado con la Iglesia, exigidas ya por el género de gobierno establecido en América, por las mayores luces de las sociedades actuales y por la libertad civil y política que los pueblos se han creado".

Descendiendo al contenido de esa nueva ley, sentó la premisa que "las relaciones del Estado con la Iglesia no deben ser una serie de concesiones *a priori* sino por una parte, los resultados de obligaciones y derechos reconocidos y por otra la sanción de aquellos medios que la experiencia haya hecho necesarios para la independencia de ambos poderes, para el orden y armonía entre las dos autoridades. El Estado debe, pues, a la Iglesia Católica no una protección exterior y política, ni sólo la que ha determinado la Constitución de Buenos Aires cuando se ha limitado a decir que 'el Estado costea su culto, y todos sus habitantes están obligados a tributarle respeto'; sino la más amplia protección para la propagación de sus doctrinas, conservación de sus instituciones, para sostener sus autoridades y hacer obedecer sus mandatos. La Iglesia, además, ha concedido a la autoridad temporal derechos especiales en su gobierno y administración... El gobierno tiene sin duda el derecho de inspección y vigilancia en la Iglesia como sociedad reconocida por las leyes... Para defender la sociedad de los avances del poder eclesiástico, bastaba que la acción del gobierno se redujera a inspeccionar los actos de la Iglesia sin necesidad de que obrara directamente por órdenes, sino simplemente por veto, pero un veto limitado... preferible por la independencia de la religión y de sus ministros al sistema adoptado por nuestras leyes, dando al gobierno participación en la administración de la Iglesia y en la elección de las personas llamadas a las diversas jerarquías eclesiásticas".⁴⁵

Al año siguiente, en el ejercicio de la función de asesor de gobierno, y con motivo del pase de las bulas de designación de Mariano Escalada como obispo de Buenos Aires, sostuvo el derecho de presentación que legalmente le asistía, en términos que "nadie puede dudar de las facultades del gobierno de Buenos Aires para elegir y presentar personas dignas para los beneficios eclesiásticos de su Iglesia; y ni es posible tampoco que la Santa Sede dude o desconozca el poder de vuestra excelencia".

Los gobiernos continuaron "haciendo las presentaciones a que las leyes y bulas pontificias les daban derecho, y los sumos pontífices por su parte han provisto los obispados en las personas elegidas, *motu proprio*, sin ninguna referencia a la presentación, como ha sucedido en el caso presente. En asuntos de esta naturaleza que se versan con el pontífice de la República Católica, el medio más prudente era dar el pase a tales bulas por el bien mismo de los pueblos, desde que los gobiernos, aunque no se dijera en los rescriptos pontificios, podían mirar con toda razón la institución del obispo como hecha en virtud de su presentación, desde que su santidad nombraba para la vacante al obispo presentado".

"Por dar el pase a las bulas presentadas por el Ilmo. Sr. obispo de Aulón, tampoco perdería el gobierno ninguno de los derechos que importa el patronato de la Iglesia de Buenos Aires. Habría solamente tomado vuestra excelencia la vía más prudente que siguen los gobiernos de las otras repúblicas de la América Española, mientras dure la desgraciada circunstancia de no ser posible un concordato con la Santa Sede".⁴⁶

f. Traducción de un capítulo del "Comentario sobre la Constitución de los Estados Unidos" de Story.

22. A principios de 1857 se desempeñaba como ministro de Gobierno de Pastor Obligado en Buenos Aires. En la edición del 5 de enero del periódico "El Nacional" -que seguía siendo "el diario de Vélez" pese a que ya no ejercía su dirección-⁴⁷ apareció un artículo titulado "Decadencia y caída de la Confederación de los Estados Unidos", sin mención de autor, que resulta ser la traducción literal del capítulo IV del libro II de la obra de Joseph Story "Commentaries on the Constitution of the United States with a preliminary review of the constitutional history of the colonies and states, before the adoption of the Constitution". El título del capítulo es "Declinación y caída de la Confederación" y el asunto que aborda, los principales defectos de esa forma de gobierno.

De dicha obra Vélez poseía en, su biblioteca (§ 2) la versión y edición francesas de 1843. Es probable que haya sido el autor de la traducción al castellano, a partir del texto galo, idioma que estaba acostumbrado a leer, no así a escribir.

IV. DIPUTADO CONSTITUYENTE EN 1860

23. Los trabajos más intensos que realizó en materia constitucional están referidos a la reforma de 1860 y se dividen en dos partes: la primera correspondiente a la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal, y la segunda a la Convención Nacional "ad hoc" reunida en Santa Fe. En ambas asambleas le cupo desempeñar un papel protagónico, no por un alarde de ideas reformistas, que no lo tuvo por adherir a la causa de la nacionalidad, sino por juiciosas y oportunas intervenciones que, a la vez que le permitieron afirmar puntos graves de doctrina, a cuyo estudio se había consagrado responsablemente (§ 1), contribuyeron a granjearle el respeto de sus adversarios de la víspera, los hombres de la Confederación.

Todo el peso de su autoridad y todos los recursos de su retórica los puso al servicio de la Constitución que, en buena medida, gracias a él, fue prenda de unión entre los argentinos.

Empezó siendo miembro de la Comisión Examinadora de la Constitución nombrada en el seno de la Convención bonaerense. En ese carácter firmó junto con Mitre, Mármol, Antonio Cruz Obligado y Sarmiento el informe respectivo del 3 de abril de 1860. En disidencia, no lo hicieron José Barros Pazos y Luis L. Domínguez. Puesto el 25 a la consideración de la asamblea fue el primero en usar de la palabra aunque la mayoría de las propuestas reformistas no fueran suyas⁴⁸ ni tampoco lo fuera su redacción, atribuida por Sarmiento a Mitre.

Explicó al comenzar su extenso y meduloso discurso que la Comisión le había encargado hacer algunas manifestaciones a la Convención, que no se hallaban en el informe. Además, que al no haber podido manifestar el documento todo el pensamiento de los miembros de la Comisión creía que cada uno debía expresar su modo de pensar.

a. Reformas a la Constitución.

24. Arrepentido de sus actitudes divisionistas de otros años se decidió a respetar en todo lo posible el texto de la Constitución vigente. "Yo no he propuesto reforma alguna a la Constitución de la Confederación -declaró- exceptuando una en el poder judicial a que me obligaba mi profesión de abogado, que no sería de consecuencia alguna desde que ese poder aún no funciona. Temía que entrando en esta vía, o destruiríamos toda la Constitución que iba a examinarse, o que naciera algún obstáculo a la unión de los pueblos. Comprendo que esa Constitución, digna de elogio por más de un título, tenía defectos muy grandes. No creía que pudieran ser remediados, como se ha dicho por la prensa con leyes orgánicas, porque las leyes que reglamentaran esos poderes no podrían destruir ni los derechos ni las obligaciones originales creadas por la Constitución; ni alterar en lo más mínimo los poderes de los cuerpos constituidos. Pero me persuadía, que refiriéndose las más de las enmiendas a los poderes del Congreso o a los derechos reservados por los pueblos, nada habría que temer, desde que en ese cuerpo se hallaran los diputados de Buenos Aires... Podríamos así abstenemos de la reforma de la Constitución hasta el año 63, confiado en la fraternidad que crearía la unión misma y en la conveniencia general de no herir desde los primeros momentos los derechos del Estado de Buenos Aires".

"Un pueblo puede ser feliz aun con una mala o defectuosa Constitución: tenemos el ejemplo de la Inglaterra, grande y feliz república sin constitución alguna... Algo semejante sucede en Buenos Aires. El está regido por una Constitución, la peor que yo conozco, y sin embargo es un pueblo libre y feliz. Basta que os recuerde la invención singular de la Asamblea General, que ha impedido la sanción de las mejores leyes".

"Las reformas que proponían (los demás miembros) eran tres o cuatro artículos, pues lo demás son sólo corolarios de las disposiciones de la misma Constitución... Por esto y por otras consideraciones que omito, yo, convine en las reformas, en la suposición que habiendo en adelante de regirnos esa Constitución, mejor sería que se perfeccionara con las pocas reformas que se han presentado a la Convención.⁴⁹

Dos años después, en el Senado de la Nación, insistió en el carácter de ellas. "Estas reformas fueron hechas con la mejor buena fe, porque lo que quería Buenos Aires era entrar a la unión con todos los derechos de un estado federal, y nada más; no había segunda intención. Tan fue así, que el señor senador por San Juan [Sarmiento], dijo que las reformas habían sido hechas con el objeto de restablecer el texto de la Constitución de los Estados Unidos. Entonces se contestó que no había sido ése el espíritu de las reformas, sino introducir algunas reservas que no podían dejar de hacerse en presencia de un enemigo, como era el gobierno de Paraná. Esta idea fue combatida por todos los miembros de la Comisión, principalmente por mí, puesto que el objeto principal era restablecer el texto de la Constitución de los Estados Unidos, que nosotros habíamos alterado por razones muy especiales".⁵⁰

b. Modelo norteamericano.

25. A continuación habló sobre el mérito de las reformas y sobre lo que era el derecho federal. "Antes de la Constitución de los Estados Unidos -aseveró- , antes del año de 1787 no se presentaba en el mundo una nación regida por una constitución escrita. En las mejores gobernadas estaba confundido el derecho constituyente con el derecho legislativo. Menos se presentaba constitución alguna hecha por los pueblos y sólo para los pueblos. Las leyes o constituciones de la Europa eran todas a favor de alguna familia o de una clase de familias, y jamás se había visto un pueblo reunido para darse una constitución política. Pero este caso nunca visto llega en las colonias del Norte después de su emancipación de la Inglaterra: se juntan estos pueblos en una convención general, en la cual se hallan reunidos los hombres principales de todos los estados; consultan en largas discusiones sus mutuas conveniencias, sus mutuos derechos, y se dan una Constitución que no tenía semejanza alguna con las constituciones o leyes antiguas y modernas de la Europa. Esa Constitución es revisada por asambleas numerales de los diversos estados; es enmendada también, y en fin, por un acuerdo general es proclamada la Constitución de una república que no tenía ejemplo.

"Entonces comienza la época de las sociedades modernas y de un nuevo derecho constitucional que no estaba escrito en parte alguna. La Constitución ha hecho en setenta años la felicidad de un inmenso continente. Los legisladores argentinos la tomaron por modelo, y sobre ella construyeron la Constitución que examinarnos; pero no respetaron ese texto sagrado, y una mano ignorante hizo en ella supresiones o alteraciones de grande importancia, pretendiendo mejorarla. La Comisión no ha hecho sino restituir el derecho constitucional de los Estados Unidos en la parte que se veía alterado. Los autores de esa Constitución no tenían ni los conocimientos ni la experiencia política de los que formaron el modelo que truncan. Desconfiad en esta materia de los conocimientos de los abogados. En nuestro país la jurisprudencia es una ciencia mercantil industrial. Ocurrieron también a doctrinas europeas. Pero, ¿qué saben los europeos de derecho federal, en qué libro europeo pueden los hombres de América aprender algún derecho constitucional?"⁵¹

"En una cuestión de principios -declararía en 1862- , puedo decir, como decía Montesquieu: estoy bien cuando tengo de mi parte a los romanos: estoy bien y muy seguro en mis doctrinas, diré yo, cuando tengo de mi parte a los grandes hombres de los Estados Unidos... Siempre merece citarse el derecho constitucional de aquel país, expuesto por sabios escritores, desde que hemos copiado la Constitución política de los Estados Unidos, y cuando encontramos que los casos que se presentan, u otros enteramente iguales están discutidos y resueltos por los jurisconsultos de aquella nación" (§ 44).⁵²

c. Composición del Senado.

26. Identificado el sistema federal con el constitucionalismo norteamericano y negada la ciencia europea en esta rama del derecho, pasó a ocuparse de la composición del Senado, cuestión en la que -a su juicio- había un gran error.

"Cuando en los Estados Unidos se reunieron por primera vez en un congreso -explicó- , la representación fue por estados; cada estado tenía un voto. Cuando se reunieron otra vez en convención, los votos también se trataban por estado, pero cuando se trató de hacer la Constitución y crear un gobierno general, la representación, como era regular, se estableció por el número de habitantes que tuviera cada estado: ésta era la primera regla del sistema representativo. Pero cinco estados menores acostumbrados a tener los mismos votos que los estados mayores en población, no quisieron asistir a una representación según el número de habitantes; hubo en la convención las más largas y acaloradas discusiones, pero los estados menores no cedían y estaban ya al separarse de su convención; entonces tomaron el arbitrio de nombrar una comisión de compromiso, obligándose a estar y pasar por lo que ella decidiera, componiéndola un diputado de cada estado. En la comisión se renovaron las acaloradas discusiones que se habían tenido, y parecía que la comisión misma iba a disolverse, cuando el doctor Franklin propuso que la representación fuera en la Cámara de Diputados con arreglo a la población, pero que el Senado se compusiera como estaba compuesta la comisión, de dos o a tres miembros por cada estado. Este es el origen de esa composición singular y contraria a los principios democráticos del cuerpo legislativo de los Estados Unidos".

"Puede suceder, pues, que una mayoría de estados y minoridad en la población disponga como quiera de las leyes que pueden proyectarse en el Congreso. Buenos Aires verá que La Rioja, Jujuy, Catamarca, San Luis y Santa Fe tienen diez votos en la sanción de las leyes y en los importantes actos del Senado, cuando este estado sólo tiene dos votos, a pesar que su población es mayor que la de los cinco estados reunidos. La Comisión creyó que con toda justicia, y apoyada en los principios del gobierno representativo podía exigir la reforma de esas disposiciones; pero no lo aconseja hacer ahora, porque no se crea que Buenos Aires abraja la pretensión de gobernar a los otros pueblos".⁵³

d. Composición del poder ejecutivo.

27. "Otro grande defecto de la Constitución de la Confederación -sostuvo a continuación- es la composición del poder ejecutivo, donde hay una mezcla de principios monárquicos y de principios republicanos, alterando la Constitución que servía de modelo. En los Estados Unidos el poder ejecutivo reside en una sola persona: no hay allí ministros ni poder ministerial. Se trató de ponerle un consejo responsable, y advirtieron muy bien que la responsabilidad se disminuye cuando es dividida con otros. La Constitución de la Confederación, como la de Buenos Aires, declaran que el poder ejecutivo reside en una sola persona; pero esa persona nada puede por sí sola; es preciso que otro semigobernador se ponga a su lado y responda como él de los actos de ambos.

"Pregunto: ¿en quién reside el poder ejecutivo? Nadie podrá responder. ¿Quiénes fueron los ministros de Washington, de Jefferson y Adams? Simples secretarios que no cargaban con responsabilidad alguna. ¿Y quién gobierna hoy en Buenos Aires? El ministro de Gobierno. ¿Y de dónde saca ese poder que el pueblo no le ha dado? Sabed que gobierna porque es responsable: quitadle la responsabilidad y el menor prudente dejaría gobernar al gobernador que ha elegido el pueblo".

"Esta alteración en la Constitución de los Estados Unidos respecto a la composición del poder ejecutivo no exige una urgente reforma, y por eso la Comisión no la proyectó".⁵⁴

e. Intervención Federal.

28. La discusión del artículo respectivo en la sesión del 27 de abril le permitió expresar algunos conceptos sobre el tema, que ampliaría años después siendo ministro, no ya en el terreno teórico sino frente a hechos concretos (§ 47).

Dijo en la Convención bonaerense que "según la jurisprudencia expresada en la Constitución, es para evitar toda violencia extraña que se llama invasión, toda violencia doméstica o interior que llegue a ocurrir, que se llama sedición. Es por eso que en los Estados Unidos todas las provincias o estados piden se les auxilie. Pero el gobierno federal puede decir no; no estoy obligado todavía a auxiliarle; no corre mucho peligro. Por consecuencia, puede no intervenir, porque no está obligado a intervenir en cada revolución que haya. La jurisprudencia del artículo es para que el gobierno nacional intervenga cuando hayan quitado las autoridades legales... cuando se haya sustituido por el poder legal un poder arbitrario".

"El gobierno nacional no reconoce ningún gobierno que se haya puesto por la fuerza, por la violencia, sea interior o exterior. No crea el señor diputado que el gobierno nacional está obligado a contener la guerra civil en los estados. Hoy día en los Estados Unidos, cuando el gobierno no quiere tomar parte en la guerra civil, no toma. Lo que hace es desconocer al gobernador que ha sustituido a la autoridad legal" -⁵⁵

f. Libertad de imprenta.

29. Sin haber sido el autor, expuso el 1º de mayo los motivos de la enmienda. "La reforma importa decir -señaló- que la imprenta debe estar sujeta a las leyes del pueblo en que se use de ella. Un abuso de la libertad de imprenta nunca puede ser un delito, diré así, nacional. El Congreso dando leyes de imprenta sujetaría el juicio a los tribunales federales, sacando el delito de su fuero natural".

"La reforma dice aún más; que el Congreso no puede restringir la libertad. La libertad de imprenta puede considerarse como una ampliación del sistema representativo o como su explicación de los derechos que quedan al pueblo, después que ha elegido sus representantes al cuerpo legislativo. Cuando un pueblo elige sus representantes no se esclaviza a ellos, no pierde el derecho de pensar o de hablar sobre sus actos; esto sería hacerlos irresponsables. El puede conservar y conviene que conserve el derecho de examen y de crítica para hacer efectiva las medidas de sus representantes y de todos los que administran sus intereses".

"Sin la absoluta libertad de imprenta no se puede crear hoy el gran poder que gobierna a los pueblos y dirige a los gobernantes; la opinión pública. Sólo la libre discusión por la prensa puede hacer formar el juicio sobre la administración o sobre los hechos políticos que deban influir en la suerte de un país. Sólo también por medio de la libertad de imprenta puede el pueblo comprender la marcha de la administración".

"Se dirá que los abusos de la imprenta traen trastornos sociales. Pero trastornos sociales se llaman muchas veces el renacimiento de la libertad de un pueblo, por la consagración de los derechos individuales... preguntad a todos los opresores de los pueblos, ¿cuál es el primer medio que emplean para dominarlos a su arbitrio? ¡Quitar la libertad de imprenta o ponerle pesadas restricciones!"

"Resumiendo estas diversas ideas, podréis echar la vista sobre las sociedades de todo el mundo y no hallaréis un pueblo que vaya en progreso y en que estén asegurados los derechos de los hombres y restringida al mismo tiempo la libertad de imprenta. Ni hallaréis un pueblo que goce de absoluta libertad de imprenta y en el que su riqueza y sus adelantamientos morales retrograden y en que sus habitantes no se juzguen garantidos en sus derechos individuales".⁵⁶

En esa categórica defensa de la libertad de prensa latía el corazón del editor de "El Nacional".

g. Derechos implícitos.

30. En la misma sesión recordó el artículo respectivo de la Constitución de los Estados Unidos⁵⁷ "que sin duda los que lo suprimieron sabían menos que los que hicieron esa gran Constitución. Se cree suplirlo por el artículo que dice: 'Nadie será obligado a no hacer lo que la ley no prohíbe'. Entretanto, el artículo en discusión dice otra cosa muy distinta, refiriéndose a los derechos individuales.

"Esos derechos son superiores a toda Constitución, superiores a toda ley y a todo cuerpo legislativo, y tan extensos que no pueden estar escritos en la Constitución y para determinarlos de una manera general el artículo de la reforma dice: - no solamente esos derechos, sino todos los derechos naturales de los hombres o de los pueblos aunque no estén enumerados en la Constitución se juzgan reservados, como que no se pueden enumerar todos los derechos que nacen de la naturaleza del hombre y del fin y objeto de la sociedad y de la soberanía del pueblo".⁵⁸

Era una clara adhesión a la escuela del derecho natural, que tenía su correlato en el informe de la Comisión: "los derechos naturales, tanto de los hombres como de los pueblos, constituidos por la Divina Providencia (según las palabras de la ley romana) siempre deben quedar firmes e inmutables", y con la cual volvería a coincidir en 1867, al evacuar una consulta del gobernador Nicasio Oroño: "si nuestros derechos naturales, en el número de los cuales se encuentra el derecho de propiedad, son independientes de las instituciones humanas, es porque ellos existen sin el auxilio legal de esas instituciones: ellos provienen de Dios: el derecho de legislar no se tiene sino a condición de respetarlos".⁵⁹

h. Competencia de la justicia federal.

31. Esta fue la reforma que su profesión de abogado -como dijo- lo obligó a proponer, "porque no existe el poder judicial en la Confederación Argentina, y no vamos por lo tanto a destruir un orden de cosas que se halla establecido".

Ampliamente fundamentó su iniciativa. "El poder judicial en la Confederación está librado de hecho a los jueces ordinarios... [la reforma] es por una adición singular que se ha hecho a la Constitución de los Estados Unidos dando facultad a la Suprema Corte de Justicia para decidir los conflictos entre los poderes públicos de una provincia. Esto destruye completamente el sistema federal, porque un poder extraño, el poder nacional judicial, viene a entrometerse en las cuestiones interiores de los poderes públicos de una provincia. Tal como está redactado el artículo de la Constitución del Paraná mañana el gobierno de Buenos Aires podría ir a demandar a las Cámaras legislativas de este país ante la Suprema Corte Federal, juicio que a nadie se le habrá ocurrido que fuera posible... En caso de conflicto entre los poderes provinciales debe únicamente estarse a la Constitución particular de cada estado, como que existe una soberanía provincial tan completa como la soberanía nacional en las materias que le están delegadas... La Constitución de los Estados Unidos está basada en el principio de la absoluta independencia interior de los estados, y nunca los poderes nacionales tienen nada que hacer con los poderes públicos de cada estado".

"La otra enmienda es respecto de los recursos de fuerza. Dejar el artículo tal como está es dar una existencia constitucional a los recursos de fuerza, cuando bien organizados los tribunales eclesiásticos debían ellos acatarse. Un recurso de fuerza, regularmente nace en un pleito de divorcio, de capellanías, o del ejercicio de la jurisdicción espiritual; es decir por el quebrantamiento de las leyes civiles o canónicas. ¿Y qué tiene que ver con tales pleitos la Suprema Corte Federal?... Desde entonces ningún motivo hay para extender hasta aquí la jurisdicción nacional".⁶⁰

"Al tratarse de las reformas que debían hacerse en esta parte de la Constitución para remediar los males que en el momento debían ser contenidos yo había propuesto la reforma de muchas de esas facultades, que si bien fueron concedidas por los Estados Unidos, fue porque tuvieron un principio de razón y de justicia para determinarlas; pero hoy no lo tienen".

"Los Estados Unidos eran provincias o estados absolutamente independientes unos de otros, con diversa legislación... Eran tal los odios mutuos, que creían que cuando se tratara de los derechos o intereses de los habitantes de un estado en los tribunales de otro estado con un súbdito de él, la justicia no sería bien administrada. Esta fue la razón que se tomó para que las cuestiones de los habitantes de un estado en otro, sea cual fuere la naturaleza de ella, fuese cuestión juzgada por los jueces federales... Respecto a los extranjeros se dijo lo mismo en sus pleitos con los naturales de un estado".

"De nuestro país podemos decir otra cosa: nuestro origen ha sido el de una nación unida, donde no ha habido sino divisiones administrativas... Ningún mal podía temerse de que los ciudadanos de Córdoba fuesen juzgados por jueces de Buenos Aires... Lo mismo digo respecto de los extranjeros... Respecto a los pleitos de una provincia con el estado, son imposibles; porque la Nación no puede su demandada".⁶¹

i. Religión de estado.

32. El 11 de mayo Félix Frías, en "uno de los discursos más brillantes y profundos que se hayan escuchado en el parlamento argentino",⁶² propició que la religión católica fuese declarada la de la República Argentina. Entre otros diputados le contestó Vélez Sarsfield.

"Esta cuestión apareció en la Comisión -recordó-, y voy a decir francamente lo que ha habido. Había dos diputados que estaban porque se quitasen las palabras 'costear el culto'. La Comisión se hubiera presentado ante la Convención completamente discordante -me atreveré a decir más-, se hubiera presentado la Comisión con tres votos porque se suprimiese el artículo de la Confederación que habla de la religión católica. Puede ser que en efecto tuvieran razón; pero para evitar una discusión calorosa, dijimos: no tratemos la cuestión de religión; ese artículo es malísimo por otra parte, no por el lado religioso, sino por el lado político. Esto que voy a decir, puede satisfacer al señor Frías, y acabaré esta discusión.

"No estamos bajo un gobierno unitario, y cuando la Constitución de Buenos Aires ha dicho que el gobierno costea el culto, lo dijo porque el gobierno se tomaba las rentas, y si la Constitución no lo dice, yo lo digo; pero la Constitución general no debe decir tampoco sino eso, 'costear el culto' ¿por qué? Porque si dijese otra cosa se alterarla profundamente el sistema federal. Desde que Buenos Aires va a entrar al sistema federal queda como un gobierno independiente y con todos los poderes suficientes para darse la religión que quiera; y si Buenos Aires pone lo que se ha indicado en la Constitución Federal, hace delegación de una de aquellas facultades de los poderes particulares del estado. ¿Qué importa que el estado le haga al poder general delegación de uno de los poderes que puede reservarse para proteger las instituciones religiosas?: absolutamente nada... Es preciso que se sepa por la milésima vez que la Confederación se compone de estados independientes, y que nadie puede legislar sobre los estados, sino los estados mismos; nadie puede decir que el estado de Buenos Aires tenga tal religión".⁶³

La exégesis constitucional de Vélez -no se puede juzgar si intencionalmente o no- fue equivocada. Válidas sus apreciaciones para los Estados Unidos, nación que había partido de una base de pluralidad religiosa, que mantenía, no lo eran para la Argentina, no sólo por su unidad religiosa sino porque, como lo interpretó la Corte Suprema con el voto de Francisco Delgado, José Barros Pazos, Marcelino Ugarte y José Benjamín Gorostiaga, en la Constitución "todas las relaciones de la Iglesia con el Estado han sido puestas... bajo el imperio y bajo la jurisdicción de los poderes nacionales" y "los poderes provinciales no pueden legislar, ni ejercer actos de jurisdicción, de manera que se altere o modifique las relaciones ya existentes".⁶⁴

Pocos años después, al redactar el Código Civil, Vélez desnudó probablemente su pensamiento íntimo cuando al definir el orden público incluyó "la religión del estado" (art. 14, inc.1).

j. Nombre del estado.

33. Coronando los trabajos de la Convención, como lo había anunciado en la primera sesión propuso el mismo 11 "una reforma externa a la Constitución", la del nombre de la República. "Su nombre legítimo -dijo-, su nombre de honor, es el de Provincias Unidas del Río de la Plata: este nombre se lo dio la primera Asamblea Nacional de 1812, y bajo de él se hizo la famosa declaración de la independencia en 1816; y como Provincias Unidas del Río de la Plata fue reconocida la independencia de la República por las potencias de Europa y de América... Pero vino una época de barbarie y de sangre, en que debían sacrificarse los hombres y las cosas que eran el honor del país, y era preciso para esto borrar hasta el nombre ya histórico de las Provincias Unidas del Río de la Plata. Rosas, sólo Rosas le sustituyó falsamente el de Confederación Argentina, haciéndolo nacer del tratado de 4 de enero de 1831... Aun en ese tratado no sonó la palabra Confederación sino República Argentina... Cayó Rosas, se reunieron los gobernadores de las provincias nombrando un director provisorio de la Confederación Argentina; la Confederación vuelve a aparecer como un nombre dado por gobiernos absolutos; y como el general Urquiza pasó de director provisorio de la Confederación a presidente, siguió después con el nombre de presidente de la Confederación, aunque la estructura social había variado.

"Equivocaríamos las ideas del mundo sobre nuestra situación política, llamándonos Confederación Argentina. Los pueblos unidos bajo este nombre que conoce el mundo, no forman una sola nación, sino que sólo se ligan entre sí para objetos especiales... Al restituir las cosas a su antiguo estado, restituyamos los nombres que les corresponden y con el cual obtuvimos la atención del mundo. Recordad, que con la Confederación -sustitución a un nombre muy ilustre- vinieron también los gorros sobrepuestos a la bandera nacional, el chaleco y la cinta de la mashorca, todo, obra de un tirano que los pueblos han deshecho en ruina. Tomemos, pues, nuestro nombre propio, Provincias Unidas del Río de la Plata, en el momento solemne en que efectivamente se van a unir y formar una sola nación".⁶⁵

La moción fue apoyada por aclamación. El artículo respectivo tomaría su forma actual en la Convención Nacional "ad hoc" (§ 35).

k. Unidad de legislación civil.

34. Al polemizar con Alberdi acerca del proyecto de Código Civil, y referirse a la facultad del Congreso para dictarlo, explicó que las reformas hechas en 1860 "ni mudaron el carácter de la Constitución, ni limitaron los derechos de las provincias, ni alteraron en cosa alguna las facultades del Congreso. Pero yo daré la razón porque no lo hicimos."

"Los escritos del doctor Alberdi habían creado en verdad, una opinión general en los pueblos sujetos al gobierno del Paraná, negando a Buenos Aires el derecho de examinar y enmendar la Constitución del año 53... fue preciso dar batallas y tratados públicos para establecer el derecho de examinar esa Constitución y sujetar las reformas a una Convención Nacional. Sabíamos que las reformas que hiciéramos no serían aceptadas sino las limitábamos a las materias de menor importancia".

"Dejando muchos artículos de un orden secundario que debían ser reformados, nos ocupamos sólo de las materias políticas más trascendentales. Reunida la Convención en Santa Fe, estábamos en minoría. Había veintiún votos para el rechazo de todas las reformas, contra veinte que las aceptábamos. Nos preparábamos a fuertes debates cuando llegó una carta del general Urquiza a uno de los convencionales, encargando la aceptación de las reformas hechas por la Convención de Buenos Aires, lo que bastó para que la Constitución reformada fuese aceptada".

"Después de esto, diremos al doctor Alberdi que a nuestro juicio hicieron muy bien los constituyentes del Paraná en dar al Congreso la facultad de dictar los códigos civiles, comerciales y criminales, y que si hubiéramos podido reformar ese artículo de la Constitución del 53 no lo hubiéramos hecho atendido el estado de las provincias y los precedentes de la misma Constitución".

"Con códigos generales salvamos los primeros derechos de los hombres, aunque por tiempo ilimitado desaparezca en mucha parte la soberanía provincial. Así también continuamos el orden bajo el cual nacieron y se formaron esos pueblos. Una legislación civil uniforme en todo el territorio los había regido y rige hasta ahora, legislación que ha creado costumbres también uniformes y por la cual los derechos relativos son perfectamente iguales... Se evitarán los conflictos que suceden en los Estados Unidos por la diversidad de las legislaciones civiles... Pero hemos dicho que un código nacional, aunque tenga ventajas incontestables, destruye en mucha parte la soberanía de las provincias. Esto es sólo un mal temporal que otro día puede cesar sin que se altere la Constitución de la Nación".⁶⁶

35. En la Convención Nacional "ad hoc", elegida para considerar el proyecto de reformas presentado por Buenos Aires, Vélez Sarsfield tuvo una actuación decisiva en orden a que los diputados del interior las aceptasen y a que como consecuencia de ello se concretase la reincorporación de Buenos Aires a la República.

Junto con José Mármol, Juan Francisco Seguí, Rufino de Elizalde, José Benjamín Gorostiaga, Luis Cáceres y Salvador María del Carril formó la Comisión encargada del estudio de las reformas. Escribió Sarmiento que "la presencia de Vélez y el auxilio eficacísimo de Gorostiaga, han contribuido a dar cima feliz a nuestra obra: el primero ofreciendo confianza a nuestros aliados y moderando por otro lado lo que de inflexible, de ardiente hubiese en nuestros propósitos".⁶⁷

En la sesión del 23 de setiembre, la Comisión aconsejó que, en vez del cambio del nombre de Confederación Argentina, fuesen aceptadas todas las denominaciones usadas desde 1810, y la de Nación Argentina para la formación y sanción de las leyes. Al respecto, Vélez le escribió a Urquiza dos días después para felicitarlo por la unión alcanzada y le puntualizó: "su máxima común ha triunfado; *ni vencedores, ni vencidos*. Todas las épocas históricas del país quedan, diré así, legalizadas".⁶⁸

Según Sarmiento, obra de Vélez fue también "la redacción de la Constitución con las reformas",⁶⁹ es decir, su texto definitivo.

V. SENADOR NACIONAL EN 1862

a. *Encargado del ejecutivo nacional.*

36. Los meses que ejerció en el Senado la representación de Córdoba lo pusieron de nuevo en contacto con el derecho constitucional. En la sesión del 3 de junio estableció la diferencia que había entre el encargado del ejecutivo nacional existente y el nuevo título que se le quería conferir a Mitre de presidente provisional.

"Hay una distancia inmensa -sostuvo-; porque la elección primeramente del presidente provisorio se hace por ambas Cámaras reunidas, mientras que en este caso la designación está hecha por el Senado y después ha pasado por un proyecto en la otra Cámara. Esta es una mera comisión, mientras que en la elección de presidente provisorio es la constitución de un poder público que tiene sus leyes especiales para regirse. Por ejemplo, el presidente provisorio no puede ser quitado por el Congreso mientras que esté encargado; es, pues, una mera comisión. El presidente de la Nación tiene un sueldo por la ley, mientras que el encargado no lo tiene. Este encargado del ejecutivo nacional no disfrutando título alguno no ha de venir a prestar juramento como se hace con el presidente de la Nación. He dicho en la Comisión: un capitán puede ejercer una función de general, pero no es general... Así es, que al constituir este poder en el gobernador de Buenos Aires, no elegimos, téngase presente que así lo dice la Comisión, no elegimos un presidente provisorio, sino que damos al gobernador de Buenos Aires una comisión *pro tempore*: nada más".⁷⁰

b. *Papel del vicepresidente de la República como presidente del Senado.*

37. El asunto se planteó el 7 de junio y la opinión de Vélez fue la siguiente: "el presidente del Senado no es elegido por el pueblo, como los representantes del pueblo; no es elegido como se eligen los senadores de Buenos Aires. La elección del presidente del Senado, es decir del vicepresidente de la República, es una elección que emana de la del poder ejecutivo: no viene a votar aquí, ni viene a discutir cosa alguna, viene a presidir el Senado del Congreso y nada más... cuando se hace la elección de vicepresidente de la República, que es el presidente del Senado, sólo se va a elegir al poder ejecutivo eventual... Consultando sobre esto a hombres inteligentes de los Estados Unidos, me han dicho esto: que cuando se elige de vicepresidente de la República a alguno de los senadores de los estados, ese estado tiene derecho de elegir otro senador, porque aquél ya no es senador sino vicepresidente de la República, es decir poder ejecutivo en los casos que la Constitución determina.. el vicepresidente de la República jamás discute, sino que decide en caso de empate".⁷¹

c. *Ley Capital. Soberanía provincial.*

38. La pretensión de federalizar el territorio de la provincia de Buenos Aires para que fuese la sede del gobierno nacional mereció de su parte una extensa exposición en la sesión del 19 de junio. En ella sentó la siguiente doctrina: "¿en qué parte de la Constitución está la delegación que hubieran hecho los pueblos al Congreso de la facultad de eliminar una provincia y tomarse o nacionalizar todo su territorio? ¿En qué parte de la Constitución se le ha dado a una provincia la singular facultad de borrar el artículo constitucional que la enumera entre las provincias confederadas y acabar con esa parte del poder provincial que debía mantener el equilibrio entre los poderes provinciales y el poder nacional?"

A continuación dio varios ejemplos extraídos de la historia norteamericana de defensa de los derechos de los estados. "El ser político creado por la Constitución, ya en la soberanía provincial, y ya en la soberanía nacional, no puede ser ni degradado, disminuido o aumentado por la cesión de un estado particular. El debe conservarse, si se quiere conservar la Constitución, en el estado y con sólo las facultades que ella le dio. Si el poder nacional no podía extender su soberanía en el territorio de los estados obrando constitucionalmente, tampoco podrá hacerlo y recibir ese poder y esa jurisdicción por la resolución de un estado particular... La Constitución Nacional ha equilibrado el poder nacional y el poder provincial, y sólo a esta condición se ha formado la unión entre todos los pueblos". Su proyecto era de capitalizar la ciudad de San Fernando.

El 28 ratificó su posición: "he dicho ya que el Congreso no tiene facultad para tener jurisdicción en ningún territorio de ninguna provincia, he dicho más: que esa provincia no se lo puede dar, porque ella no puede despedazar la Constitución federal, haciendo que la mitad de la Nación esté gobernada por un gobierno unitario, y la otra mitad por un gobierno federal."

"Cuando el Presidente Derqui quiso dominar la provincia de Mendoza, mandó un comisionado y asumió el gobierno provincial; cuando el presidente Derqui quiso dominar la provincia de Córdoba, fue él mismo y asumió

el gobierno de la provincia. Este acto fue condenado como contrario a la Constitución por todos los hombres de Buenos Aires, y por los que hoy día sostienen el proyecto... la consecuencia legítima, es que vamos a hacer lo que hemos condenado a Derqui y a todo el gobierno del Paraná, es decir que vamos a usar del poder que tenemos para matar a una provincia".

El 1º de julio, en otro conceptuoso discurso, amplió los argumentos: "Estamos destruyendo por sus bases el sistema federal, pues una de sus bases es la soberanía de los estados, la soberanía provincial entre nosotros, con la sola limitación que le ha puesto la Constitución Nacional. La soberanía territorial reside en el estado o provincia particular. No hay otra soberanía superior a ella que pueda destruirla ni aun modificarla. En los Estados Unidos el gobierno general, ni en sus leyes ni en la ejecución de ellas jamás se dirige a los estados, porque éstos son soberanos e independientes, sino sólo a los individuos... La soberanía de la Unión es una obra del arte que sólo toca a los hombres por algunos grandes intereses, mientras que la soberanía de los estados es la soberanía natural... Comparad esta doctrina con las doctrinas en que se funda el proyecto de acabar con la existencia del estado de Buenos Aires".

"Otra base del sistema federal es el fraccionamiento de la soberanía. La soberanía territorial a los estados, y el derecho de legislación, el derecho de contribución a la Nación respecto sólo a los individuos y con las restricciones que la Constitución le ha puesto, Pero en el proyecto que se discute, se quiere dar a la Nación la soberanía de un inmenso territorio que forma el estado principal de la República, que será legislado por leyes excepcionales que no sean las generales para la Nación. Con ese poder queda trastornado todo el sistema, porque al gobierno nacional no le hace falta territorio alguno para los objetos a que ha sido creado... Mejor es tener un gobierno débil que respete los derechos de los pueblos, la Constitución Nacional, los derechos individuales; y que nada pretenda más allá que lo que dé la ley de su creación".⁷²

d. Gobernadores, agentes del gobierno federal.

39. Otro aspecto que abordó con relación al tema de la soberanía provincial fue éste de la función de los gobernadores como agentes naturales del gobierno federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación.

Se manifestó en desacuerdo con la norma. "Es un ataque a la soberanía provincial poner sus autoridades a disposición del Congreso y del poder ejecutivo... es contrario al sistema federal... debían ser absolutamente independientes del poder nacional, y digo esto, porque no hay un solo caso en derecho constitucional en que el Congreso pueda mandar nada en las provincias, ni a los gobernadores en particular. Es un gobierno, como lo he dicho antes, de individuos a individuos. Son estados absolutamente independientes, tan soberanos en su territorio como el Congreso en el suyo. El gobierno de provincia quedaría enteramente destruido si el gobierno nacional les dijera que procediesen a hacer el censo; pero esto no quita que el gobierno nacional nombre comisarios y les pida el auxilio a los gobernadores".⁷³

e. Dominio de la tierra pública.

40. La propiedad nacional o provincial de la tierra pública discutió Vélez en la sesión del 22 de julio. En un largo discurso afirmó la propiedad originaria de la Nación según su tesis de la preexistencia de ésta a las provincias. La soberanía provincial que defendía no era originaria sino sobreviniente a la Revolución de Mayo, y especialmente consecuencia del sistema federal de la Constitución.

Bajo el gobierno español, comenzó diciendo, "el producto de las ventas o composiciones nunca fue renta provincial, sino que entraba a las cajas del gobierno general... Acabado el gobierno español en 1810, siguió el mismo orden de cosas respecto a los terrenos públicos. La circunscripción de las provincias era sólo para el gobierno político. En toda la Ordenanza que determinaba las obligaciones y facultades de los intendentes de provincia que siguió rigiendo después de 1814 (*sic*) no se encuentra el derecho de apropiarse a la provincia el producto de los terrenos vendidos".

"Cuando en 1820 se acabó el gobierno nacional, cada gobierno provincial se creyó independiente y con soberanía absoluta en el territorio, y por consiguiente con el derecho de enajenar los terrenos del estado que se encontraban entre los límites de la provincia. Esto importaba despojar a la Nación de sus propiedades y de sus primeros y más antiguos derechos: romper los vínculos todos que la unían a la Nación. Esa soberanía territorial suponía la absoluta independencia; ningunos derechos en el cuerpo político a que la ligaban tantos deberes. Sí, ninguna provincia ha tenido autoridad ni derecho para enajenar aquello que pertenecía exclusivamente a la Nación... Las provincias debían haber reconocido aquellos deberes que en el derecho se llaman de inacción para no hacer nada más allá de sus facultades ordinarias que lo que exigiera una necesidad imperiosa, y siempre bajo las formas y leyes, y con el objeto que en ellas estaba prescrito".

Tara el dominio de una provincia en contraposición al dominio de la Nación, era necesario que la Nación, antes dueña única de todas las tierras públicas, hubiese hecho una formal cesión de una parte del territorio, lo que sólo tendrá lugar cuando el Congreso determine los límites de cada estado federado; o que los vecinos de

esa provincia tengan el territorio a su disposición, le apliquen sus fuerzas de cultura y explotación para obtener de ellos servicios a los cuales la Providencia lo ha destinado. Toda concesión de dominio privado que no llevase la condición de ocupación actual del terreno, de su población y cultivo, sería de ningún valor para transmitir el dominio público".⁷⁴

f. Atribuciones del Congreso sobre actos legítimos de gobiernos anteriores

41. Considerando el Congreso la posibilidad de revocar actos realizados por el gobierno de Paraná en la esfera de sus facultades, Vélez negó el derecho de hacerlo.

"¿Qué artículo de la Constitución le autoriza para retrovertir sus poderes al tiempo que aún existía la Nación (*sic*), y legislar destruyendo las leyes que los pueblos se dieron en los límites de sus poderes legales? -preguntó-. ¿De cuál artículo de la Constitución que determine sus facultades le vendría el poder de anular derechos individuales perfectamente válidos en su origen, reconocidos y satisfechos por la autoridad que los creó por contratos onerosos? ¿Cómo el Congreso usaría en beneficio de la Nación de las rentas de la aduana del Rosario que el acreedor le entregó, y suspendería o anularía el pago de lo que se le dio por esas rentas que le estaban entregadas?

"Se diría que ese singular derecho le nace de la representación que tiene de los pueblos cuyo gobierno contrajo esas deudas, y entregó los tres millones de fondos para la liberación de la aduana principal. Pero el derecho de representación le obliga a ponerse en el mismo lugar con las mismas obligaciones y con los mismos derechos que el representado. Por esa representación no puede tener más derechos que los que tenían el Congreso y el gobierno de las trece provincias. Pero el gobierno del Paraná no podía anular sus propios contratos con particulares, ni las leyes que hubiesen constituido derechos individuales".

"La Cámara me permitirá leer un juicio promovido ante la Suprema Corte de los Estados Unidos. El señor Kent comentando el artículo de la Constitución que dice, 'los estados no pueden dar leyes, anulando las obligaciones de los contratos', cita .. la Corte Suprema declaró que cuando una ley es por su naturaleza un contrato, y se han concedido absolutos derechos bajo de ese contrato, una anulación de la ley no puede quitar esos derechos, ni aniquilar o anular el título así adquirido. Una concesión era un contrato ejecutado en el espíritu de la Constitución y una de las partes está siempre contenida o impedía de obrar por su propia concesión. Una parte no puede declarar nulo su instrumento propio, cualquiera que sea la causa que se asigne para invalidarlo, y aunque esta parte sea la legislatura de un estado".⁷⁵

g. Derechos portuarios diferenciales

42. Con criterio amplio, y la mira puesta en el progreso económico, interpretó que "es verdad que la Constitución dice que no se puede establecer mayores o menores derechos a un puerto que al otro; pero en esto, la Constitución como las leyes está sujeta a una regla que se llama regla máxima, que consiste en interpretar las leyes por su espíritu, por los propósitos, diremos así, que se tuvieron en vista al dar la ley, no por la letra material de ella.

"La Constitución dijo que no se perjudicara a un puerto por favorecer a otro, que no se diesen leyes de privilegio. Por esto se entiende: en las aguas o en los puertos existentes, o en las aguas o en los puertos que el poder nacional domina; pero nunca la Constitución quiso decir de una manera tan absoluta, que si se nos trajera un río del desierto, llevase su tirantez hasta no conceder nada por la creación de este nuevo río".

"¿Acaso la Constitución es un embarazo para la riqueza del país? No sé, pues, que sea contra la Constitución tajar los derechos a un puerto que nunca ha existido, que el país no lo poseía, como el puerto de Orán... Según la regla máxima de la interpretación de las leyes, no puede interpretarse la Constitución sino con arreglo a los intereses que la misma Constitución ha querido consultar. Y aquí, recuerdo un precepto de Bacon, muy citado en los tratados de leyes. El dice a los legisladores: que las leyes que se den no pueden ser más gravosas a los pueblos que el mismo mal que querían evitar. Sería mucho más gravoso para los pueblos, si nos hicieran navegable el río, no contribuir a la empresa, que bajar la mitad de los derechos".⁷⁶

h. Facultades de las Cámaras durante el trámite de las leyes.

43. La cuestión era si podía la Cámara iniciadora, tras la intervención de la revisora, introducirle cambios a un proyecto. En la sesión del 9 de octubre, preguntó Vélez: "si un proyecto de ley sancionado por la Cámara de Senadores es adicionado o reformado por la Cámara de Diputados, no puede la primera Cámara hacer otra cosa que tratar de las reformas o adiciones hechas. Y no puede ser de otra manera: porque si la Cámara de Senadores volviere a adicionar su misma ley, entonces estas nuevas adiciones tendrían que volver a la Cámara de Diputados, a la cual no se le podría exigir que las votase por dos terceras partes de votos, puesto que desde que era una cosa nueva, bastaba votarlas por mayoría absoluta".

"La Constitución ha querido que en los casos de diferencia entre una y otra Cámara, se trate únicamente de las diferencias, de las adiciones o correcciones que una Cámara ponga, y no habla de las adiciones sucesivas que quieran hacer una y otra Cámara. La Constitución, pues, ha puesto un término a esas adiciones".⁷⁷

Ocho años más tarde, siendo ministro, volvió a ocuparse del asunto. "La Constitución ha dado la forma o procedimiento a seguir en los proyectos que se han de sancionar. Un proyecto sancionado en una Cámara, pasa a la otra, la que puede hacer las reformas que estime conveniente, pero de ninguna manera la primera Cámara vuelve a legislar sobre la misma materia.. De ninguna manera hay esta especie de segunda instancia de que la Cámara haga otra sanción sobre la misma materia, y la mande a la Cámara que recibió ya la primera... yo pregunto, si viene la Cámara de Diputados aceptando el proyecto del Senado, ¿tendría derecho esta Cámara para decirle a la Cámara de Diputados, no señor, antes de que esa ley sea ley, la Cámara de Diputados debe examinar este otro proyecto que le mando? No, ha de ser ley".⁷⁸

VI. PROLOGUISTA DE LA "HISTORIA DE LA CONSTITUCIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS" de CURTIS

44. José María Cantilo tradujo el libro de George Ticknor Curtis "History of the origin, formation, and adoption of the Constitution of the United States" y, como aclaró en la edición que hizo en 1866 "deseando hacerle preceder de un Prólogo que mostrase la verdadera importancia de la obra de Mr. Curtis, solicitamos de un distinguido jurisconsulto este obsequio". El distinguido jurisconsulto fue Vélez Sarsfield, quien entonces estaba dedicado a la redacción del proyecto de Código Civil.

En dicho Prólogo, escrito con el fervor y la admiración que le inspiraba el modelo norteamericano, en el que veía remozado el genio jurídico-político de Roma, se propuso completar la historia escrita por Curtis indicando las circunstancias en que se habían hallado, las colonias inglesas, y algunos incidentes y pormenores del proceso constituyente, relacionados sobre todo con la antinomia soberanía nacional-soberanía de los estados, resuelta con la solución de compromiso que fue la fórmula federal y la composición del poder legislativo.

"¿Quién formó pues, la admirable Constitución de los Estados Unidos? -consignó-. ¿Quién creó esa gran república sin unidad política, sin unidad en el derecho, sin unidad en la religión? El pueblo de aquella Nación, el buen espíritu; el patriotismo de los miembros de la Convención, el sentido común que halló medio para conciliar todos los intereses al parecer esencialmente opuestos".

"Esa Constitución y la historia de su formación será meditada con la más profunda emoción, por sus admirables efectos en aquellos territorios y por los que prepara a la América toda, y a la Europa misma, ahora y en las futuras edades; por sus consecuencias en la libertad y felicidad de todos los pueblos; por los directos y tácitos cambios que ella va forzando a hacer en todo cuerpo social por el establecimiento de un nuevo y poderoso imperio, el imperio de la opinión pública, aboliendo el imperio meramente personal; por la dignidad a que ella eleva a los pueblos y a los individuos mostrándoles que el único gobierno libre, es el gobierno propio, el gobierno del pueblo. Si es cierto que una Constitución política no puede aspirar a la universalidad, es sin embargo indudable que la Constitución de los Estados Unidos crea principios y provisiones que el tiempo hará que todas las naciones se los asimilen en la constitución de sus poderes sociales".

"El fundamento de la Unión americana ha resuelto el problema de una gran república, que gobierna un vasto territorio y una numerosa población. Un sistema que limita los objetos de la legislación nacional y deja los intereses domésticos a las autoridades locales, hace que el crecimiento de la nación no tenga otros términos que su extensión territorial".

"A los setenta años de la existencia de aquella república, la Constitución que la creó ha puesto en sus manos la lumbrera de la civilización. Figurémonos lo que sería hoy el mundo si no hubieran existido los Estados Unidos, o si dejaran de existir, y entonces seremos forzados a reconocer que esa Constitución, no fue obra de manos de los hombres, sino el destino cumplido de las generaciones que llegaban".⁷⁹

VII. MINISTRO DEL INTERIOR DE SARMIENTO

a. Difusión de la literatura constitucional norteamericana.

45. Había hecho sus primeras armas como ministro de la Nación desempeñando la secretaría de Hacienda en la presidencia de Mitre. El nuevo mandatario, su entrañable amigo Sarmiento, lo reclamó para que lo acompañara como ministro del Interior. Ejerció el cargo hasta 1872, en que consideró llegada la hora del repliegue definitivo a la vida privada.

La gestión ministerial lo acercó una vez más -la última- al derecho constitucional. El 2 de mayo de 1869 suscribió con Sarmiento un decreto que estaba en perfecta armonía con su prédica constante a favor de la ciencia constitucional norteamericana, y que asimismo seguía la iniciativa de Cantilo a la que me acabo de referir.

Los considerando decían: " 1° Que es un deber de todo gobierno ilustrar al pueblo de sus derechos por medio de libros que expliquen la Constitución política del país; lo mismo que en sus deberes: por la enumeración de las prerrogativas de los poderes públicos; 2° Que muchos de los disturbios que han tenido lugar en la República, nacen de la confusión de facultades y conflictos de los poderes de los estados federales, desconociendo las atribuciones del gobierno general; dudando de la constitucionalidad de sus actos; 3° Que por la similitud entre nuestra Constitución y la de los Estados Unidos de Norte América conviene a falta de libros originales traducir los comentadores más notables y modernos de ésta".

La parte dispositiva comisionaba a Adolfo Rawson para hacer la traducción de la décima edición de "War powers under the Constitution of the United States" de William Whiting; a Luis V. Varela, la de "An introduction to the constitutional law of the United States" de John Norton Pomeroy; a Carlos Pellegrini, la de "The Constitution of the United States annotated" de George W. Paschal; a Ramón Rúa, la de "Rules of proceeding and debats in deliberative assemblies" de Luther S. Cushing, y a Juana Manso, la de "Civil liberty and self government" de Lieber. Las obras se imprimirían por cuenta del erario nacional en número de dos mil ejemplares.⁸⁰ El proyecto se cumplió en parte (§ 2).

b. Delitos políticos.

46. En la sesión del Senado del 17 de junio de 1869 tuvo ocasión de aclarar el concepto de delito político. "Entre el crimen político y el crimen común -manifestó-, hay una notable diferencia; los crímenes comunes son condenados en todas partes como tales crímenes... Los jurisconsultos dan la razón, porque su inmoralidad es proclamada por la conciencia universal del género humano: porque el peligro es el mismo bajo todas las formas de gobierno.

"Pero la Constitución de una nación, su forma social, no es sino una institución humana esencialmente variable y cuyas modificaciones rápidas suceden incesantemente según las necesidades de los tiempos y de las costumbres. Hay tantas leyes políticas como naciones. El mismo pueblo repudia hoy lo que aceptaba ayer. La legitimidad de esta ley puramente convencional no es, pues, inmutable como las leyes de la conciencia: ella depende de la voluntad de los hombres. Un ataque, pues, contra la forma social que no emana sino del hombre, será siempre separado en un orden moral de los ataques a los derechos que nos vienen de Dios o de la misma naturaleza.

"La Constitución por esto ha dispuesto que los delitos políticos no sean castigados con la pena de muerte. Pero ella habla de los crímenes esencialmente políticos y que no tienen ninguna relación con los crímenes ordinarios. Los crímenes complejos que reúnen un crimen político y un crimen común, deben ser castigados con las penas ordinarias".⁸¹

c. Intervención federal. Atribuciones limitadas del Congreso. División de poderes.

47. Una vez más (§ 20 y 41) combatió la tendencia del Congreso a desbordar sus atribuciones y recordó sus poderes limitados. Lo hizo el 22 de junio de 1869 al tratarse la intervención federal a San Juan. Afirmó el presidencialismo de la Constitución.

"Acostumbrados a vivir con congresos constituyentes -expresó-, creemos que el Congreso actual tiene poderes para todo. No, el Congreso sólo tiene un poder muy limitado. El presidente de la República no le debe los poderes que ejerce, él es absolutamente independiente del Congreso... Ningún acto del presidente puede ser declarado inconstitucional sino por dos tercios de votos de la Cámara de Diputados. La Suprema Corte de

Justicia no puede revocar ninguno de sus actos, porque son actos políticos. El voto del señor presidente en la sanción de las leyes unido a la minoría de un tercio de votos, deja sin efecto la que la mayoría hubiese sancionado. La Suprema Corte que no puede reformar ningún decreto del poder ejecutivo, puede sin embargo dejar sin efecto las leyes del Congreso en los casos que juzgare conveniente.

“¿Y si hiera al poder ejecutivo qué se hará? ¿Y qué se hace si hiere al poder legislativo como todos los días está errando y revocando las leyes que antes ha dado? Se toleran los poderes públicos y no se condenan como pretende hacerlo la Comisión. Leyes ulteriores remedian el mal.

“Así pues, el Senado no puede censurar ni revocar los actos del poder ejecutivo. Muéstreme cuál es el artículo de la Constitución que le diese facultades para tanto. No lo hay ni era posible que lo hubiese sino se daba al Congreso una soberanía absoluta. Entre tanto, la Comisión propone no sólo que se revoquen los actos del gobierno nacional, sino que el mismo señor presidente los revoque cuando no puede olvidar que el presidente de la República no puede ser acusado por un simple error, sino por un crimen, y esto con dos tercios de votos de la Cámara de Diputados, y necesitándose dos tercios de votos en el Senado para condenarle.

“¿El gobierno nacional pudo en verdad intervenir a requisición de la legislatura de San Juan, pues que por la prisión de los diputados estaba destruida la forma republicana? Pero ¿cuál es la forma republicana? se pregunta. El gobierno del pueblo, contesto: republicana quiere decir pueblo: forma republicana representativa, significa que el pueblo no gobierna sino por medio de sus representantes; y desde que estos representantes no pueden llenar su oficio, está acabada la forma republicana representativa... Pero ha dicho el miembro informante de la Comisión [Mitre], que el juez Tancy deliberando sobre el caso de la revolución de Rhode Island ha sentado que sólo al Congreso le corresponde decidir cuándo esté o no violada la forma republicana representativa. No es esto cierto.”

“Los pueblos, al crear el poder nacional, crearon un poder especial y excepcional y le dieron las facultades limitadas que expresa la Constitución que formaron. Con razón, pues, es un principio, porque la facultad que no le está dada le está negada. Pero el poder provincial no es un poder excepcional, y sólo está limitado o por la Constitución provincial o por la Constitución Nacional; y a la inversa del Congreso, lo que no le está negado, lo que no le está prohibido, le está concedido. La filosofía de este derecho se halla en la necesidad de ocurrir a los males que una provincia puede sufrir, a la necesidad que haya un poder que pueda obrar para remediarlos o para conservar los poderes públicos que ha creado. Cuando el Congreso no tiene facultad para un acto que es indispensable al pueblo, es porque esa facultad la tiene el poder provincial”.

“Repetiré mil veces, que el gobierno nacional es absolutamente independiente del Congreso: que es un gran poder no inferior al Congreso mismo: que este cuerpo no puede censurarlo ni menos revocar sus actos: que no hay artículo alguno en la Constitución que lo autorice a tanto. Diré con igual razón, que el Congreso no puede juzgar ni revocar ningún acto de las legislaturas provinciales: que aunque una legislatura sancionara una ley completamente inconstitucional, el Congreso no puede revocarla. Nadie puede quejarse ante él del agravio que le hiciera: sólo la Suprema Corte podía dejarla sin efecto cuando se quisiera aplicarla”.⁸²

Retomó el tema unos meses más tarde, abundando en razones, con motivo del veto impuesto por el poder ejecutivo a proyectos de ley sancionados por el Congreso, reglamentario de la intervención federal. En el mensaje respectivo, suscrito por Sarmiento y refrendado por Vélez, una notable pieza de doctrina, dijo que “el art. 6° de nuestra Constitución tiene un carácter que lo distingue de todos los otros. Los demás constituyen un gobierno nacional compuesto individualmente de los ciudadanos argentinos. Este establece el pacto de federación de las provincias y crea derechos a sus autoridades, y obligaciones al gobierno federal. Si las autoridades constituidas fuesen derrocadas o amenazadas por la sedición o invasión, el poder material de la Nación, cuando sea requerido, tendrá el imperioso deber de restablecerlas o sostenerlas. Este es un simple *vinculum foederis* entre el gobierno federal y el gobierno provincial.

“La requisición es la forma de usar del derecho que la Constitución ha dado a cada provincia de mantener sus autoridades constituidas; y ella impone al poder federal el deber de acudir en su protección. Si ha de dictarse una ley especial para cada caso en que haya de cumplirse con el *vinculum foederis* entre el gobierno federal y las provincias federadas, que sólo en este caso y para este solo caso se presentan en la Constitución como tales; la ley especial ha de versar necesariamente sobre el derecho y oportunidad con que las autoridades constituidas en una provincia reclaman el cumplimiento de la estipulación; pues que el poder ejecutivo nacional no ha tenido hasta entonces ocasión de proceder. La ley especial no le atañe por tanto”.

“La Constitución no admite la insurrección -expresó luego- ni permite la guerra interna. La insurrección y la guerra intestina son la materia del artículo sexto. La guerra o la insurrección existen en una provincia cuando la requisición se hace; ¿y la ley especial va a discutirse mientras la insurrección se consolida, o la guerra extiende sus estragos, acaso fuera de los límites de la provincia? Jamás en Constitución alguna se ha admitido la existencia de la guerra o la insurrección hasta que venga una disposición legal especial para reprimirlas.

“El segundo proyecto de ley, reconoce esta verdad fundamental, declarando simple deber del ejecutivo (esté reunido el Congreso o no) repeler invasiones o reprimir insurrecciones contra las leyes del Congreso. Pero esta limitación que hace el proyecto a sólo repeler invasiones o reprimir insurrecciones contra las leyes del Congreso, es sin duda olvidando leyes superiores, algunas veces, a las mismas leyes del Congreso... El poder

ejecutivo aceptaría el segundo proyecto sobre invasiones, etc., si formando parte del primero, en lugar de decir 'insurrecciones contra las leyes del Congreso', dijese 'insurrecciones contra el gobierno federal'.

"El Congreso dictando una ley especial para cada caso establece que no hay principios que guíen su propia conducta en toda emergencia y lugar, y como la ley especial muere con el caso a que proveyó, el ejecutivo nacional no tiene regla alguna cierta que lo guíe, cuando haya de cumplir en receso del Congreso con el *vinculum foederis*.

"¿Por qué reglas aprobará o desaprobará el Congreso este acto, después de consumado? ¿Por las que habrá de declarar *ex post facto* que debió seguir el ejecutivo? Aquí también el segundo proyecto a demostrar el extravío de toda buena doctrina del primero. Si de la fuerza que hubiera empleado para repeler una invasión, o reprimir una insurrección contra las leyes del Congreso, sólo se le exige dar cuenta oportunamente, ¿por qué de la que empleó en sofocar la insurrección provincial ha de necesitar especial aprobación? He aquí pues, dos leyes especiales, motivadas por un solo artículo de la Constitución, con reglas, principios, y responsabilidades distintas.

"La ley norteamericana que proveyó a la ejecución del *vinculum foederis*, proveyó lo mismo que para la invasión o la insurrección contra la Nación, esto es, medios rápidos de dominar la resistencia, iguales en todos casos: la fuerza, dejando al que por la Constitución tiene el deber de emplearla, medir la cantidad o apreciar la necesidad de ella".

"Afortunadamente hay en nuestra Constitución más claros principios que guíen al gobierno que aun aquellos mismos que nos sirvieron de guía al adoptar y ajustar el art. 6° al 4° de la Constitución Federal de los Estados Unidos, y es el 5° de la nuestra, que define lo que es la forma del gobierno de las provincias. Por ambas debe haber una legislatura existente y un gobernador existente, renovado el personal en ambas en términos y bajo formas de antemano fijadas por la Constitución y las leyes. El pueblo ha renunciado al ejercicio de todo derecho de remoción de ese personal por la violencia durante esos términos prefijados por ley. La violación de estas reglas es crimen y constituye la insurrección; y la requisición de aquellas autoridades constituidas obliga al poder federal, a acudir con la fuerza".

"La función primordial del ejecutivo nacional, por tanto, habiéndose despojado las provincias del poder de hacer la guerra o contraer alianzas, es reprimir las insurrecciones, de cualquier carácter que sean".

"En nuestro sistema de gobierno, cada poder público tiene su esfera de acción señalada; y es base del sistema que cada uno ejerza sus facultades y llene sus deberes con prescindencia de los otros. Es de aquí que se arranca la deducción, que las atribuciones constitucionales de un poder no pueden ser delegadas en otro, y como consecuencia de ella, que los actos del uno no pueden ser sometidos a la revisión y aprobación de los demás".

"El legislador cuando legisla, el presidente cuando ejecuta la ley y administra, y el juez cuando juzga, proceden según su propia conciencia, que les presenta sus actos como la expresión del acierto. Cada uno de los poderes públicos tiene por la Constitución un fallo inapelable sobre ciertas materias. El poder legislativo, dictando leyes con dos terceras partes de votos, es supremo en sus resoluciones, si esas leyes no afectan la Constitución. El poder judicial, juzgando de la constitucionalidad de una ley, es supremo en sus fallos. El poder ejecutivo, ejerciendo la supremacía en la administración del país, es supremo en sus deliberaciones".⁸³

d. Dominio del lecho de los ríos navegables. Dependencia provincial.

48. El 11 de setiembre de 1869 inició Mitre en el Senado una tan prolongada como brillante exposición sobre los derechos de la provincia al puerto de Buenos Aires, a raíz de una iniciativa del poder ejecutivo dirigida a contratar su construcción.⁸⁴ Vélez Sarsfield, trabado en contrapunto con el senador tuvo uno de los momentos menos felices de su dilatado andar por congresos y asambleas. No sólo quedó constreñido a defenderse con breves réplicas, que de inmediato eran respondidas por su inspirado oponente, sino que la solidez y contundencia del discurso de Mitre parecen haberlo anonadado.

El desconocido Vélez de esa sesión para justificar la decisión del poder ejecutivo volvió a la tesis de la propiedad originaria de la Nación sobre toda la tierra pública (§ 40). Trató de fundarla en nuevos argumentos y llegó a exagerar la relación de dependencia de las provincias. Parece cierto que tenía la idea subyacente de la preexistencia de la Nación y que su conversión al sistema federal, como consecuencia de la frecuentación de la literatura norteamericana, no fue óbice para que siguiese aferrado a aquella idea, que no abandonó, como se comprueba en este episodio.

"Las provincias -dijo- jamás se han declarado estados independientes, y es preciso no falsificar la historia. La revolución se hizo en 1810; la Junta mandó que cada provincia enviase un diputado para el gobierno general, y en el acto los mandaron... Cada provincia siguió gobernada como antes estaba: ninguna constituyó cuerpo legislativo y todas obedecían al gobierno general que aquí se había creado. En esos primeros años se dieron las mejores leyes de este país, leyes que comprendían a todas las provincias".

La interpretación velezana del proceso político de la primera década patria era parcial. Reflejaba sólo el punto de vista del centralismo porteño e ignoraba la tesis sustentada por casi todas las provincias de la

retroversión de los derechos de soberanía a los pueblos y la necesidad del pacto entre ellos para constituir políticamente la Nación.

“¿Cuándo han sido pues independientes estas provincias? Nunca, nunca se han llamado pueblos independientes, siempre ha sido Nación, porque aun cuando ha habido algunos intervalos de desunión, siempre ha quedado el poder nacional con las facultades suficientes para conservar la nacionalidad.

"Por consiguiente, el principio que ha prevalecido en los Estados Unidos sobre la propiedad del suelo cubierto por las aguas de los ríos navegables, no puede ser aplicable absolutamente a nosotros, porque nosotros hemos permanecido siempre reunidos en Nación, Nación que tiene derechos preexistentes, puede decirse, a la Constitución Nacional".

“¿Quién me dirá que la tierra pública fuera de los límites que las provincias tenían señalados no es de la Nación? Son de la Nación desde 1818 en que el Congreso declaró de propiedad nacional todas la tierras que estaban fuera de la línea de frontera”.⁸⁵

e. Facultad del poder ejecutivo a gobernar la provincia que ha dominado.

49. La revolución jordenista contra Urquiza y la intervención armada del poder ejecutivo nacional dieron motivo a la Cámara de Diputados para debatir las atribuciones de ese poder. En una vigorosa alocución el ministro del Interior sostuvo la posición presidencial, basándola en una necesidad superior a toda Constitución, en el derecho de gentes.

"El poder ejecutivo entiende -empezó diciendo- que continúa con la facultad de mandar un gobernador provisorio para que gobierne en Entre Ríos, o de mandar que el general en jefe gobierne a ese pueblo en todas sus necesidades, o de gobernarlo el poder ejecutivo directamente.

"Cuando digo que hay este derecho por parte del poder ejecutivo nacional, establezco un principio de la jurisprudencia universal: el que domina la tierra, aunque sea en condiciones ilegítimas, tiene derecho para gobernar la tierra que domina. Este principio no está en la Constitución de Entre Ríos, ni en la Constitución Nacional, pero repito, que es un principio universal que el gobernador conquistador ilegítimo, tiene derecho para gobernar la tierra que domina, no por el derecho de la guerra, sino por la presunción de que ese pueblo que no toma las armas, que está tranquilo, ha de querer estar gobernado... la necesidad en que se encuentran los pueblos de ser gobernados por aquel que domina la tierra, es una necesidad superior a toda Constitución".

"El gobierno militar de una parte del territorio que ocupan sus fuerzas, no puede alterar los derechos reales, es decir, no puede enajenar el territorio hasta que no esté reconocido el imperio, diremos sí; pero lo que es las acciones personales, los deberes personales, sí puede, puede mandar que se paguen la contribuciones, puede nombrar los jueces bastantes para conservar el orden público... estamos muy conformes que el comisionado haga las elecciones, se harán dentro de dos meses, pero serán dos meses que se habrán pasado sin gobierno desde que la legislatura no diga nada. Pero el poder ejecutivo cree que por el derecho universal tiene facultad para gobernar ese territorio hasta que se nombre el gobierno legítimo... si nada se hace el poder militar queda con las facultades que tiene por el derecho de gentes".

"Los derechos naturales de los pueblos, es lo que se llama el derecho de gentes; pero los casos de guerra son una excepción, y es preciso no ir a buscar los principios que rigen en tales casos en los artículos de ninguna Constitución, sino en los derechos naturales de los pueblos que es necesario resguardarlos y defenderlos de todo ataque".

"Se me dirá ahora que no rige el derecho de gentes respecto de las guerras civiles; pero no es así, porque el derecho de gentes obliga a los países en todas las circunstancias, porque es el derecho natural, derecho en virtud del cual no se puede matar a los prisioneros, derecho en virtud del cual puede castigarse al individuo que comete cualquier delito penado por las leyes, derecho en virtud del cual el que tiene la fuerza debe impedir que se cometan robos y se atropelle a las familias. Pero se dice: ¿hasta dónde llegará este poder? Llegará hasta donde el Congreso quiera, no hasta donde quiere el poder ejecutivo, porque es el Congreso quien tiene la facultad de legislar sobre ese poder".⁸⁶

En la exégesis constitucional velezana se destacan la afirmación del presidencialismo, la reducción del legislativo a límites compatibles con la división de poderes, y el enérgico sostenimiento de la independencia del poder judicial, titulado guardián de la Constitución. Se descubre en esta interpretación suya la influencia doctrinal de los constitucionalistas norteamericanos de orientación conservadora, a quienes reconoció como sus guías en estas materias.

Recuérdese que Sarmiento, en el "Bosquejo de la biografía" de Vélez, a propósito del debate sobre la intervención a San Juan (§ 47), escribió que en el mismo "Se trajo nuestra Constitución a su verdadera índole, aplicando a su texto las doctrinas e interpretación aceptada por los comentaristas americanos" y que "el eminente jurisconsulto Aushing... aplaudió la sabiduría e inteligencia de los oradores [principalmente Vélez], que creía no se encontrarían a la sazón tan conocedores de la materia en el Congreso de los Estados Unidos".⁸⁷

Índice de cuestiones constitucionales

Acuerdo de San Nicolás: § 17.
Atribuciones del Congreso sobre actos legítimos de gobiernos anteriores: §41.
Atribuciones del ejecutivo y legislativo bonaerense: § 17.
Atribuciones impositivas de las Cámaras legislativas: § 13.
Atribuciones limitadas del Congreso: § 47.
Calidades de los representantes: § 12.
Competencia de la justicia federal: § 31.
Composición de la Alta Corte de Justicia: § 14.
Composición del poder ejecutivo: § 27.
Composición del Senado: § 26.
Delitos políticos: § 46.
Dependencia provincial: § 48.
Derecho público eclesiástico: § 21.
Derechos implícitos: § 30.
Derechos portuarios diferenciales: § 42.
División de poderes: § 47.
Dominio de la tierra pública: § 40.
Dominio del lecho de los ríos navegables: § 48.
Dotación de los diputados: § 8.
Ejecutivo nacional provisional: § 4.
Encargado del ejecutivo nacional: § 36.
Facultad del poder ejecutivo a gobernar la provincia que ha dominado: §49.
Facultades de la legislatura sobre sus miembros: § 19.
Facultades de las Cámaras durante el trámite de las leyes: § 43.
Facultades de que carecía la legislatura: § 20.
Facultades del Congreso Constituyente: § 6.
Forma de gobierno: § 11.
Gobernadores, agentes del gobierno federal: § 39.
Independencia del poder judicial: § 20.
Intervención federal: § 28 y 47.
Ley Capital: § 38.
Libertad de imprenta: § 29.
Modelo norteamericano: § 25.
Naturaleza del mandato de los diputados: § 7,
Navegación de los ríos interiores: § 18.
Nombre del estado: § 33.
Oportunidad de la Constitución: § 9.
Papel del vicepresidente de la República como presidente del Senado: § 37.
Poder nacional provisional: § 17.
Ratificación de la Constitución: § 10.
Reformas a la Constitución: § 24.
Religión de estado: § 32.
Respeto por las instituciones provinciales: § 5.
Soberanía provincial: § 38.
Supremacía de la Constitución sobre las leyes ordinarias: § 20.
Unidad de legislación civil: § 34.

NOTAS PRIMERA PARTE

¹ *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho eclesiástico Buenos Aires, 1969*

² *Emilio Ravignani, Asambleas constituyentes argentinas, t. IV, Buenos Aires, 1937, p. 852 - 853.* Sofanor Novillo Corvalán hablaba con razón de Vélez como un "maestro del derecho público", pero que lo veía y sentía como "un producto que el medio y la cambiante de los acontecimientos van elaborando y dándole forma... concepción evolutiva de ese derecho", que hacía derivar de la escuela histórica de Savigny y - según sus principios - arrancar "del fondo mismo de la historia" ("El Codificador", p. 115 - 116, en *Ideas y creaciones universitarias*, Córdoba, 1937). Es ésta una visión idealista del pensamiento constitucionalista velezano desmentida por él. El cambio fundamental que se operó en sus ideas - como en la de otros unitarios - fue hacia las instituciones norteamericana, y no al impulso de un evolucionismo organicista sino convencido de la superioridad científica y política de la Constitución de los Estados Unidos. La influencia -indudable - de Savigny en Vélez, especialmente perceptible en el Código Civil, fue más vertebral y compleja, y sólo la encuentro en su constitucionalismo en la común adhesión al derecho científico.

³ *A. Levaggi, La formación romanística de Vélez Sarsfield en Revista Histórica, 6, Buenos Aires, 1980, p.3 - 24.*

⁴ *Catálogo de la Biblioteca Dalmacio Vélez Sarsfield. Prólogo del Dr. Enrique Martínez Paz, Córdoba, 1940.*

⁵ *Historia de Vélez Sarsfield, Buenos Aires 1969, p. 49 - 51.*

⁶ En la exposición de la doctrina velezana no sigo rigurosamente el orden cronológico sino que lo subordino a un criterio lógico de prelación de temas.

⁷ *Ravignani, op. cit., t. I, 1937, p. 1102 - 1103.*

⁸ *Ídem, p. 1/112 - 1/113.*

⁹ *Ídem, p. 945.*

¹⁰ *Ídem, p. 1227.*

¹¹ *Ídem, t. II, 1937, p. 327 - 330.*

¹² *Ídem, t. I, p. 1297 - 1298.*

¹³ *Ídem, p. 1317.*

¹⁴ *Ídem, t. II, p. 763 - 764.*

¹⁵ 28 de agosto de 1826, *Ídem, t. III, 1937, p. 475.*

¹⁶ *A. Levaggi, Formación del poder legislativo rioplatense (II), p. 46 - 53, en Revista del Instituto de Historia del Derecho Ricardo Levene, 20, Buenos Aires, 1969.*

¹⁷ *Ravignani, op. cit., t. III p. 530 - 531.*

¹⁸ *Ídem, t. II, p. 110. Sobre la importancia jurídico-política de la cuestión ver op. cit. nota 16, p. 53 - 55.*

¹⁹ *Ravignani, op. cit., t. I p. 1250.*

²⁰ *Ídem, p. 1091 - 1094.*

²¹ "La aceptación de dos terceras partes de las provincias será suficiente para que se ponga en práctica entre ellas".

²² 23 de noviembre de 1826. *Ravignani, op. cit., t. III p. 1152*

²³ 19 de julio de 1826. *Ídem, p. 255 - 256.*

-
- ²⁴ Ídem, p. 976.
- ²⁵ 9 de octubre de 1826. Ídem, p. 1000.
- ²⁶ Ídem, p. 1013 - 1014.
- ²⁷ Ídem, p. 1152.
- ²⁸ Chaneton calificó el suceso de "deserción del puesto de confianza" para el que Vélez había sido designado (Op. cit., p. 62).
- ²⁹ Ídem, p. 123 - 124.
- ³⁰ *Diario de sesiones de la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires. 1852*, Buenos Aires, 1883.
- ³¹ *Ibídem*.
- ³² *Ravignani, op. cit., t. IV. p. 789*.
- ³³ *Ibídem* la nota 30.
- ³⁴ *Diario de sesiones de la Sala de Representantes de la provincia de Buenos Aires. 1853*, Buenos Aires 1883.
- ³⁵ *Ibídem*.
- ³⁶ A. Levaggi, *El Constitucionalismo argentino de la primera mitad del siglo XIX*, p. 276 - 292, en *Revista de Historia del Derecho*, 9, Buenos Aires, 1981.
- ³⁷ El tema lo abordé en mi estudio titulado *La interpretación del derecho en la Argentina en el siglo XIX*, p. 44 - 47, *Revista de Historia del Derecho*, 7, Buenos Aires, 1980, y lo retomó Dardo Pérez Guilhou, *Primer debate sobre el control jurisdiccional de constitucionalidad (1857 - 1858)*, en *idem*, 10, 1982 p. 147 - 170.
- ³⁸ Ricardo Levene, *Historia del derecho argentino*, t. VIII, Buenos Aires, 1954, p. 341 - 350.
- ³⁹ *Ibídem* la nota 30.
- ⁴⁰ *Diario de sesiones de la Cámara de Senadores del Estado de Buenos Aires. 1858* Buenos Aires, 1859.
- ⁴¹ *Ibídem*
- ⁴² Ver la nota 1.
- ⁴³ Ed. 1919, p. 265 - 267.
- ⁴⁴ Transcribo este dictamen en el Apéndice documental del libro cit. en la nota 1.
- ⁴⁵ Ídem, p. 277 - 282.
- ⁴⁶ *Dalmacio Vélez Sarsfield, Escritos jurídicos*, Buenos Aires, 1971, p. 307 - 314.
- ⁴⁷ Chaneton, *op. cit.*, p. 190 - 191.
- ⁴⁸ En la sesión del 7 de mayo Vélez Sarsfield habló de la elevación de "tres convencionales al puesto de gobernador y ministros", y que "esas personas son las que más han trabajado en las reformas (*Ravignani, op.cit.*, t. IV, p. 854). Se refería a Mitre, electo gobernador, a Sarmiento, su ministro de Gobierno, y muy probablemente a Rufino Elizalde, ministro de Hacienda.
- ⁴⁹ *Ravignani, op. cit.*, t. IV, p. 787 - 791.

-
- ⁵⁰ 5 de julio de 1861. *Congreso Nacional. Cámara de Senadores, Sesiones de 1862*, Buenos Aires, 1889.
- ⁵¹ *Ravignani, op. cit.*, t. IV, p. 791.
- ⁵² 1º de julio de 1862. *Ibidem* la nota 50.
- ⁵³ *Ravignani, op. cit.*, t. IV, p. 792
- ⁵⁴ *Ídem*, p. 792 - 793.
- ⁵⁵ *Ídem*, p. 813 - 815.
- ⁵⁶ *Ídem*, p. 840 - 841.
- ⁵⁷ Enmienda IX: "la enumeración de ciertos derechos en esta Constitución no será interpretada para negar o disminuir otros retenidos por el pueblo".
- ⁵⁸ *Ravignani, op. cit.*, t. IV, p. 843.
- ⁵⁹ 21 de junio de 1867, *Op. cit.* en la nota 1, p. 257.
- ⁶⁰ A. Levaggi. *Los recursos de fuerza. Su extinción en el derecho argentino*, p. 91-92, en *Revista de Historia del Derecho*, 5, 1977.
- ⁶¹ *Ravignani, op. cit.*, t. IV, p. 871 - 874. Contra estas reformas se declaró en "El Nacional Argentino" de Paraná, Juan Francisco Seguí (*Juan Francisco Seguí - Bartolomé Mitre, Polémica sobre la Constitución* ed. Instituto Histórico de la Organización Nacional, Buenos Aires, 1982, p. 238 - 239).
- ⁶² Ricardo Zorraquín Becú, Marcelino Ugarte 1822 - 1872. Un jurista en la época de la organización nacional, Buenos Aires, 1954, p. 110.
- ⁶³ *Ravignani, op. cit.*, t. IV, p. 928 - 929.
- ⁶⁴ 7 de setiembre de 1871. *Op. cit.* en la nota 1, p. 152 - 155.
- ⁶⁵ *Ravignani, op. cit.*, t. IV, p. 934 - 935. *Seguí* p. 239 - 243, *ídem* la nota 61.
- ⁶⁶ "El folleto del Dr. Alberdi", p. 238 - 241, en Manuel R. García y otros, *Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino*, Buenos Aires, 1920.
- ⁶⁷ Santa Fe, 23 de setiembre de 1860. Universidad Nacional de La Plata, *Reforma constitucional de 1860. Textos y documentos fundamentales*, La Plata 1961, p. 562.
- ⁶⁸ *Ídem*, p. 564.
- ⁶⁹ *Ídem*, p. 562
- ⁷⁰ *Congreso Nacional Cámara de Senadores, Sesiones de 1862*, Buenos Aires, 1889.
- ⁷¹ *Ibidem*.
- ⁷² *Ibidem*.
- ⁷³ 27 de setiembre de 1862. *Ibidem*.
- ⁷⁴ *Ibidem*.
- ⁷⁵ 16 de agosto de 1862. *Ibidem*.
- ⁷⁶ 30 de setiembre de 1862. *Ibidem*.

⁷⁷ *Ibíd.*

⁷⁸ 21 de junio de 1870. *Congreso Nacional Cámara de Senadores, Sesión de 1870*, Buenos Aires, 1876.

⁷⁹ *Jorge Ticknor Curtis, Historia del origen, formación y adopción de la Combinación de los Estados Unidos por...* Traducida del texto inglés por J. M. Cantilo. Con un prólogo por el Doctor Don Dalmacio Vélez Sarsfield, Buenos Aires, 1866. El prólogo ocupa las p. ixxx. Reproducido en "El Nacional" del 17 de mayo de 1866, y en *op. cit.* en la nota 46, p. 357 - 369.

⁸⁰ *Ibíd.* la nota 78, p. 33.

⁸¹ *Congreso Nacional Cámara de Senadores, Sesión de 1869*, Buenos Aires, 1869.

⁸² *Ibíd.*

⁸³ 2 de setiembre de 1869. *Ibíd.*

⁸⁴ La comentó *Andrés R. Allende, El verdadero fundador de las instituciones federales argentinas según Mitre*, en *Investigaciones y Ensayos*, 34, Buenos Aires, 1983, p. 93 - 107.

⁸⁵ *Ibíd.*, la nota 81.

⁸⁶ 16 de julio de 1870. *Congreso Nacional. Cámara de Diputados, Año 1870*, Buenos Aires, 1875.

⁸⁷ *Obras de D. F. Sarmiento*, T XXVII, Buenos Aires, 1899, p. 362.

FUENTES DE LA SECCIÓN “DE LAS PERSONAS EN GENERAL” DEL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SARSFIELD

1. LAS NOTAS DEL PROYECTO DE VÉLEZ SARSFIELD

El 21 de junio de 1865, Dalmacio Vélez Sarsfield presentó al ministro de Justicia, Culto e Instrucción Pública, Eduardo Costa, el proyecto de libro primero del *Código Civil*, que le fuera encomendado ocho meses antes.

Dicho libro, intitulado "De las personas", viene precedido de dos títulos preliminares y se divide en dos secciones: la primera, "De las personas en general", y la segunda, "De los derechos personales en las relaciones de familia". El presente trabajo tiene por objeto investigar las fuentes directas de la sección primera y la influencia que ésta tuvo en el *Código Civil* uruguayo de 1868.¹

El codificador acompañó el proyecto con una nota, fechada en aquel día, en la cual declaró cuáles fueron sus principales fuentes: "me he servido principalmente del proyecto de *Código Civil* para España del señor Goyena, del *Código* de Chile, que tanto aventaja a los códigos europeos y sobre todo del proyecto de *Código Civil* que está trabajando para el Brasil el señor Freitas, del cual he tomado muchísimos artículos.

"Respecto a las doctrinas jurídicas que he creído necesario convertir en leyes en el primer libro, mis guías principales han sido los juriconsultos alemanes Savigny y Zachariae, la grande obra del señor Serrigny sobre derecho administrativo del imperio romano, y la obra de Story, *Commentaries on the conflict of laws*".²

Esta declaración suya es absolutamente veraz. Como podrá comprobarse más adelante, las fuentes primordiales fueron las que él citó aquí. Cuando no intentó elaborar fórmulas originales, extrajo de esas fuentes, ya la doctrina, ya la letra, o ambos elementos para su código.

La falta de correspondencia con las notas con las que ilustró el proyecto no debe ser motivo de asombro, como en otra ocasión procuré explicarlo.³ La función de las notas no fue -salvo excepción-⁴ la de revelar la fuente de cada disposición. No son notas heurísticas las que puso sino doctrinarias, de concordancia con las soluciones adoptadas para las mismas cuestiones por los más conocidos códigos y autores. Responden a las instrucciones que le había impartido el ministro Costa, sobre la conveniencia de anotar en los diversos artículos "su conformidad o disconformidad con los códigos civiles de las principales naciones del mundo".⁵

No sólo es éste el verdadero significado de las notas, tal como puede inferirse del análisis histórico-jurídico del *Código*, sino que el propio autor se refirió a ellas en ese sentido, como para aventar toda malinteligencia a su respecto, Lo hizo cuando le precisó al ministro que había concordado "los artículos de cada título con las leyes actuales y con los códigos de Europa y América para la más fácil e ilustrada discusión del proyecto", y que se vio en la "necesidad de poner muchas veces largas notas en artículos que resuelven antiguas y graves cuestiones entre los juriconsultos, o cuando ha sido preciso legislar en puntos de derecho que debían ya salir del estado de doctrina y convertirse en leyes".⁶

2. SU CONCEPCIÓN DEL CÓDIGO: EL DERECHO CIENTÍFICO APLICADO AL DERECHO TRADICIONAL

Para la redacción del proyecto, Vélez Sarsfield siguió un procedimiento que guardaba relación con el fin que perseguía. El fin es la idea que se había formado acerca del código, de sus requisitos materiales y formales, de su afinidad con el derecho vigente y con la nueva ciencia jurídica.

El concepto que tenía del código era el de una obra científica. Las enseñanzas de Savigny sobre la necesidad del perfeccionamiento del derecho por los juristas, como representantes del pueblo, calaron hondo en su espíritu. Sabía que un código moderno no podía ser fruto de la improvisación sino de la jurisprudencia, y que su eficacia dependía de su fundamentación en el derecho entonces vigente. De allí que su primera premisa como codificador fuera el derecho castellano-indiano-patrio, en el cual reconocía como cualidad esencial su filiación romana.

Desde la época de estudiante de leyes en la Universidad de Córdoba, en los años 1818 y 1819, cuando contaba 18 y 19 años de edad, se había familiarizado con las fuentes romanas a través de la enseñanza que impartía el profesor Juan Antonio Saráchaga, y en los años siguientes, que fueron los más fecundos para su formación jurídica, lejos de apartarse de esas fuentes, intensificó su estudio hasta lograr un cabal dominio de ellas.⁷

La cultura jurídica que poseyó, que entroncaba con la mejor tradición occidental, descansaba en el derecho romano. Sucesivamente, Vinnio, Heinecio, Cuyas, Pothier y Savigny, le revelaron los misterios de ese derecho, que resultó para él una fuente inagotable de justicia y una base firme para hacer progresar el derecho argentino sin traicionar su esencia.

Desde joven, se acostumbró a buscar en los principios romanos la solución de los problemas modernos. La orientación científica que siguieron Pothier en Francia, Savigny en Alemania y Teixeira de Freitas en el Brasil fue la misma que adoptó, pero no para hacer obra doctrinaria como ellos, sino para sus escritos forenses, sus dictámenes y su proyecto de *Código Civil*. Como Savigny en el *Sistema del derecho romano actual*, utilizó este derecho con un criterio evolutivo. Intentó hacer de él una lectura moderna y derivó de sus principios consecuencias nuevas, adaptadas a la sociedad de su tiempo.⁸

El aspecto propiamente científico de su trabajo consistió en darle un fundamento doctrinario, preferentemente romano, a cada solución, y en desarrollar el sistema del *Código* con fidelidad a esa doctrina.⁹

Tras haber estudiado los manuscritos del proyecto, Agustín Díaz Bialet descubrió que contienen 1.303 citas del derecho romano y que 799 artículos (sobre el total de 4.051 de que consta) reconocen como fuente directa textos del mismo derecho. Según este autor, iniciaba Vélez Sarsfield la redacción de cada artículo con la síntesis de un párrafo o concepto de los tratadistas de la época (Savigny, Maynz, Zachariae, Serrigny), o con el principio de un artículo sacado de un código moderno, de una ley castellana o del *Corpus Iuris Civilis*, o con un concepto propio.¹⁰

"Piensa con sentido práctico -agrega-, y así se advierte que rara vez razona *in abstracto*, más bien los principios son conceptos de doctrina en su forma de aplicación más general. De ese principio o norma fundamental, deriva a la legislación, en primer término a la legislación histórica, española y romana, como para encontrar en ellas un regulador del principio, posteriormente en las notas sucesivas, referidas a la legislación comparada, busca el sentido total del artículo limitando su significación o ampliándola, señala en unos casos la coincidencia o en otros el sentido más o menos restrictivo de la legislación comparada con el artículo que propone".¹¹

Habiendo sido un práctico, consagrado con pocas excepciones a la acción pública y profesional, llegó a poseer -empero- una sólida formación científica y le concedió a la ciencia toda su importancia en la tarea creadora del derecho. En el siglo del derecho científico, confesó su propósito de "que en mi código apareciera el derecho científico, como lo llaman los alemanes al derecho que la ciencia establece; las doctrinas de los más acreditados jurisconsultos; que en él se viese, si era posible, el estado actual de la ciencia".¹²

Cuando en 1869 presentó al ministro Nicolás Avellaneda la última parte del proyecto, escribió que "sin duda no demostrará el trabajo y los estudios que he dedicado a su información... El a lo menos hará ver cuál es el estado actual de la ciencia".¹³ "En la necesidad de desenvolver el derecho por la legislación - había consignado- ...podíamos ocurrir al derecho científico... Cuando el emperador Justiniano hubo de legislar para pueblos nuevos, después de la creación del Imperio de Oriente, formó el *Digesto* de una parte de la literatura del derecho, convirtiendo en leyes los textos de los grandes jurisconsultos".¹⁴

No buscó la fuente de su inspiración en cualesquiera códigos o proyectos extranjeros, sino en la doctrina de los juristas que habían vertido en términos modernos el derecho romano o, dicho de otro modo, que habían teorizado sobre el derecho moderno partiendo de los principios del derecho romano. El propio *Esbozo* de Teixeira de Freitas más que un proyecto de código -carácter que no le reconocía su autor-¹⁵ es un tratado articulado de derecho civil.

José María Moreno definió bien el método de Vélez Sarsfield cuando dijo que "ha buscado en los trabajos de los jurisconsultos, en el desenvolvimiento de la doctrina y en las conclusiones puramente científicas, la forma lógica y la concepción de la regla que adopta y establece como derecho positivo".¹⁶

El recurso a este derecho científico, contenido tanto en obras de doctrina como de legislación, fue materialmente posible, sin alterar la armonía del *Código*, porque se afirmaba en principios que compartía. Tres de esos principios fundamentales son: 1) el reconocimiento del valor del derecho tradicional, 2) la conciencia del origen romano de la mayoría de sus instituciones, y 3) la necesidad de su actualización por el desarrollo progresivo de la doctrina romana.

La afinidad que había entre esos textos se ve en los siguientes ejemplos que muestran -al mismo tiempo- la secuencia seguida por las respectivas fórmulas legales en su concreción.

1º) Aubry y Rau,¹⁷ § 52: "Todo ser capaz de poseer los derechos y de estar sometido a las obligaciones, es una persona".

2º) Freitas,¹⁸ art. 16: "Todos los entes susceptibles de adquisición de derechos son persona". Nota 16: "... el hombre... único sujeto que adquiere derechos, y contrae obligaciones".

3º) Vélez, art. 30: "Son personas todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones"

1º) Luisiana,¹⁹ art. 430: "...Estos procuradores u oficiales, al contratar, obligan a los cuerpos a que pertenecen, en las cosas que no exceden de los límites de la administración que los es confiada; su acto es considerado como acto del cuerpo..."

2º) Chile,²⁰ art. 552: "Los actos del representante de la corporación, en cuanto no excedan de los límites del ministerio que se le ha confiado, son actos de la corporación; en cuanto excedan de estos límites, sólo obligan personalmente al representante".

3º) Freitas, art. 290: "Repútanse actos de los establecimientos y corporaciones con el carácter de personas jurídicas los de sus representantes legales, siendo que no excedan de los límites de su ministerio. En todo lo que excedieren, sólo producirán efectos contra esos representantes".

4º) Vélez, art. 36: "Se reputan actos de las personas jurídicas los de sus representantes legales, siempre que no excedan los límites de su ministerio. En lo que excedieren, sólo producirán efecto respecto de los mandatarios".

1º) Chile, art. 560: "Si por muerte y otros accidentes quedan reducidos los miembros de una corporación a tan corto número que no puedan ya cumplirse los objetos para que fue instituida, o si faltan todos ellos, y los estatutos no hubieren prevenido el modo de integrarla o renovarla en estos casos, corresponderá a la autoridad que legitimó su existencia dictar la forma en que haya de efectuarse la integración o renovación".

2º) Freitas, art. 313: "No termina la existencia de tales corporaciones por motivo del fallecimiento de su miembros, y si el número de ellos fuese tan reducido que no sea posible deliberar o cumplir con el fin de la institución, y lo mismo cuando fallezcan todos; competirá al gobierno, si los estatutos no hubiesen prevenido estos casos, declararlas disueltas, o determinar el modo por el cual se debe hacer su renovación".

3º) Vélez, art. 49: "No termina la existencia de las personas jurídicas por el fallecimiento de sus miembros, aunque sea en número tal que quedaran reducidos a no poder cumplir con el fin de su institución. Corresponde al gobierno, si los estatutos no lo hubiesen previsto, declarar disuelta la corporación, o determinar el modo como debe hacerse su renovación".

1º) Francia, art. 111: "Cuando el contrato contenga, de parte de ambas partes o de una de ellas, elección de domicilio para la ejecución del mismo contrato en otro lugar que el domicilio real, las notificaciones, demandas y diligencias judiciales relativas a este contrato, podrán ser hechas en el domicilio convenido, y ante el juez de este domicilio".

2º) Zachariae,²¹ § 92: "La elección de domicilio implica la extensión de la jurisdicción que, en virtud de la ley, le debía pertenecer a los tribunales de derecho común, a los tribunales del lugar del domicilio real".

3º) Vélez, art. 102: "La elección de un domicilio implica la extensión de la jurisdicción que no pertenecía sino a los jueces del domicilio real de las personas".

1º) García Goyena,²² art. 308: "Cesando las causas que hicieron necesaria la curaduría, cesa también ésta; pero deberá preceder declaración judicial que levante la interdicción, observándose en ello las mismas formalidades que para establecerla".

2º) Freitas, art. 96: "La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los alienados sólo tendrá lugar, después de un nuevo examen de salud por medio de facultativos o de personas entendidas, y después de nueva declaración judicial (*judgamento*) con audiencia del ministerio público..."

3º) Vélez, art. 150: "La cesación de la incapacidad por el completo restablecimiento de los dementes, sólo tendrá lugar después de un nuevo examen de sanidad hecho por facultativos, y después de la declaración judicial, con audiencia del ministerio de menores".

La formación iusfilosófica del certificador era ecléctica. José Francisco López supo interpretarlo cuando dijo que había "construido el derecho científico y filosófico como se llama en Alemania, sobre las raíces del derecho histórico y de nuestras costumbres, hasta donde ha sido prudente conservarlo".²³

Vélez Sarsfield mismo declaró, en su respuesta a la crítica de Juan Bautista Alberdi, su adhesión a la escuela sincrética, "nacida de la afianza del elemento histórico y del elemento filosófico", que "no es irreligiosa respecto del pasado, ni rebelde a las exigencias del porvenir. Su obra es a la vez lo que quiere la razón y lo que han practicado los antepasados. Según ella, una nación puede darse nuevos códigos teniendo siempre presente la legislación que la ha regido, el derecho positivo de los que han precedido, las nuevas leyes que exija el estado social, y las reformas que la experiencia haya demostrado ser indispensables en la legislación".²⁴ Por otra parte, reconocía la existencia de derechos naturales que habían sido establecidos por Dios.

El realismo práctico que lo distinguía lo hizo afirmarse en el orden jurídico tradicional y construir sobre él su proyecto. No trató de crear un derecho nuevo, opuesto al del pasado, al estilo de los ilustrados, como si el legislador fuese capaz de extraer de sí mismo lo que sea el derecho. Su aspiración fue la de darle forma y contenido actuales al derecho vigente.

Se habló exageradamente de la influencia del *Código Napoleón* en el *Código Civil* argentino, para fundamentar la tesis de la ruptura de éste con el derecho tradicional. Opino que la mayor influencia la tuvieron las sabias palabras pronunciadas por Jean - Etienne Portalis en el discurso preliminar, cuando sostuvo que "el legislador ejerce, menos una autoridad que un sacerdocio. Por ello no debe jamás olvidar que las leyes son hechas para los hombres y no los hombres para las leyes; que éstas deben adecuarse al carácter, a los usos, a la realidad humana e histórica del pueblo para el cual son dictadas; que cuando se legisla es preciso ser sobrio en cuanto a novedades ya que, si bien siempre cabe calcular las ventajas teóricas que la invención ofrece, no es posible, en cambio, conocer de antemano todos sus ocultos inconvenientes que tan sólo la práctica habrá de evidenciar; que debe mantenerse lo bueno cuando se duda sobre lo que puede ser mejor..."²⁵

Parecidos conceptos vertió en el Senado de Buenos Aires, con motivo de formular la siguiente queja: "parece que toda cuestión que se presenta en la Academia de Jurisprudencia ha de traerse al cuerpo legislativo, para que la resuelva una ley o varíe las leyes existentes. Parece también que se creyera que podemos llegar a la perfección de las leyes civiles, y se proponen todos los días reformas las más graves, que sin duda traerán mayores males que los que se piensa remediar. Los ingleses conocen perfectamente la imperfección de muchas leyes, pero tienen el espíritu conservador para no hacer variaciones en la legislación que produzcan resultados que no pueden preverse".²⁶

Asimismo, asentó en la nota del art. 167 que "la misión de las leyes es sostener y acrecentar el poder de las costumbres y no enervarlas y corromperlas", y, categóricamente, replicó a Alberdi que "la primera fuente de que me valgo son las leyes que nos rigen".²⁷

Una vez fijada la idea, aclarado el concepto, su formulación por escrito tuvo una importancia secundaria. Para darle forma al pensamiento se valió de distintos procedimientos, que van desde la adopción textual del precepto de un código o del párrafo de una obra de doctrina, hasta la redacción de una fórmula original.

La mayoría de las veces, llevado por su sentido práctico, trasladó al proyecto artículos enteros o fragmentos extraídos de las fuentes principales: Teixeira de Freitas, García Goyena, Zachariae, Bello. Desde que entre todos estos juristas había unidad de pensamiento, poco importaba quién era el autor de su expresión formal, cuando no se trataba de juzgar los méritos literarios de cada uno sino de legislar para cada país.

A su turno, todos los codificadores precedieron del mismo modo. Andrés Bello hacía notar la presencia de "ricos materiales que pudieran ahorrarnos tiempo y trabajo" en "el *código civil* francés y los códigos de la Luisiana tan justamente alabados", y los consideraba "mineros de donde podemos sacar ricos y abundantes materiales".²⁸

3. LA SECCIÓN "DE LAS PERSONAS EN GENERAL".

Antes de abocarse a la redacción del proyecto de *Código Civil*, había tenido oportunidad de analizar algunos aspectos del derecho de las personas. Con motivo de la publicación, en 1834, de las *Instituciones del derecho real de España* de José María Álvarez, escribió tres notas, que aparecieron como apéndices: "sobre el estado de la esclavitud en esta república, y principalmente en Buenos Aires, "de la restitución *in integrum* de los menores" y "de los diversos derechos de los menores".²⁹

Además, como asesor de gobierno del Estado de Buenos Aires dictaminó en 1857: el 24 de agosto, sobre los registros del estado civil,³⁰ y el 26 de noviembre, sobre las personas jurídicas y asociaciones civiles.³¹ Estos trabajos le sirvieron de antecedentes en el momento de redactar el proyecto.

La influencia doctrinaria más notable que recibió provino del *Sistema* de Savigny, que leyó en su edición francesa.³² Para organizar la sección se basó en el método del *Esbozo* y, por su intermedio, en Savigny.³³

Es ostensible, en toda ella, su intención de amoldar el derecho tradicional a la sociedad moderna, caracterizada por una mayor libertad individual y la agilidad del tráfico mercantil. Además de la regulación novedosa de las personas jurídicas, de las que me ocuparé en el capítulo siguiente, introdujo modificaciones sustanciales en el régimen del menor.

Sólo mantuvo la clasificación en menores adultos e impúberes y les fijó la edad de catorce años como límite, sin distinción de sexo, a diferencia de las Partidas que hacían comenzar la pubertad de la mujer a los doce. La mayoría de edad la estableció a partir de los veintidós años, o sea tres menos que el derecho tradicional. Simplificó su adquisición, haciendo cesar la incapacidad de los menores el día en que cumplían los veintidós años o antes si contraían matrimonio, en ambos casos sin depender de ninguna otra formalidad. Por último, así como suprimió la institución de la lesión, hizo lo propio con la restitución integral de los menores.

4. EL TÍTULO “DE LAS PERSONAS JURÍDICAS”. LA INFLUENCIA DE SAVIGNY.

El pensamiento savignyano sobresale en el título primero, "De las personas jurídicas", cuya fuente formal es el *Esbozo* pero cuya fuente material es el *Sistema*, en el cual abrevó también el juriconsulto brasileño. En la nota puesta a este título dejó constancia el codificador de que "en Savigny se encontrará extensamente tratada la materia. De él ha tomado Freitas las doctrinas que forman las bases del título que proyecta, al cual seguimos a la letra".

Savigny y Teixeira de Freitas son un hito en la materia. Lo puso de manifiesto Vélez Sarsfield en la misma nota cuando dijo que "en todos los códigos modernos no hay un título sobre lo que en ellos se llama personas morales, a pesar de que necesariamente tienen que disponer sobre el Estado, municipalidades, corporaciones, establecimientos públicos, etc. ...Únicamente el *Código* de Chile contiene un título *De las personas jurídicas*; pero en él hay un error tan grave que destruye toda la importancia que debía prometerse de su ilustrado autor. Los juriconsultos franceses y españoles no se ocupan de las personas morales".

El error grave de Bello era el de no haber reconocido como personas jurídicas a la nación, fisco, municipalidades, iglesias, comunidades religiosas, establecimientos sostenidos por el erario y sociedades industriales, por considerarlos regidos por leyes y reglamentos especiales (art. 547). La crítica se la hizo Teixeira de Freitas en la nota al art. 276 del *Esbozo* y la amplió Vélez Sarsfield en la nota a los arts. 33 y 34 de su proyecto, con argumentos extraídos del libro de Serrigny, *Derecho público y administrativo romano*³⁴

La luminosa doctrina de Savigny, que ya se había mostrado, aunque defectuosamente, en el *Código* de Bello, informó plenamente al *Esbozo* y, tanto por la vía directa como indirecta, al proyecto velezano. El gran jurista alemán fue el primero en elaborar una teoría sobre las personas jurídicas y Vélez Sarsfield el primero en convertirla en ley, guiado intelectualmente por Teixeira de Freitas.

Este había adoptado la teoría savignyana pero introduciéndole algunas modificaciones, como ser, la reducción de la expresión "personas jurídicas" a una sola de las especies del género "personas de existencia ideal". Savigny había utilizado ambas expresiones como sinónimas y Vélez Sarsfield les devolvió ese significado.

El jurista brasileño clasificó a las personas de existencia ideal en públicas y privadas, y consideró como personas jurídicas sólo a las públicas. Mantuvo, en cambio, la clasificación de las personas jurídicas en personas de existencia necesaria y de existencia posible, procurando aclararla mediante una nueva división, en nacionales y extranjeras, desechada por Vélez Sarsfield.³⁵

Es interesante saber que, aun cuando éste completara sus estudios sobre el tema entre 1864 y 1865, con motivo de la redacción del proyecto, ya poseía el concepto preciso de la persona jurídica desde 1857, por lo menos, como lo puso en evidencia en el dictamen sobre la fundación del convento de las hermanas de la Misericordia, del 26 de noviembre de ese año.³⁶

Se ha dicho que sólo conoció el *Sistema* una vez iniciado el trabajo de codificación. Hasta se lo atribuyó un conocimiento más tardío del libro. Según una versión,³⁷ habría tenido acceso a él únicamente a partir de 1868, año en que redactaba el libro tercero, dedicado a los derechos reales.

La notas del título "De las personas jurídicas" demuestran que en 1865, año de la publicación del libro primero, ya lo había consultado, y hoy puedo probar que esta fecha sigue siendo tardía, porque en 1857, dos años después de publicada la versión francesa y antes de que Teixeira de Freitas emprendiera la redacción del *Esbozo*,³⁸ conocía por lo menos la parte relativa a las personas jurídicas.³⁹

Compárense los siguientes párrafos:

Savigny

... es principio seguido el de que no basta el acuerdo de muchos individuos o la voluntad del fundador, sino que además es requisito necesario la autorización del poder supremo del Estado... Con independencia de la razón política, la necesidad del consentimiento del Estado para la formación de una persona jurídica, encuentra su origen en la naturaleza misma del derecho, El hombre,

Vélez Sarsfield (1857)

La persona jurídica., es un ser moral que tiene sus derechos y obligaciones especiales que sólo pueden nacer de la ley y no del acuerdo particular de los individuos. En todos los tiempos desde el paganismo hasta las Leyes de Indias que nos rigen tales personas morales han necesitado el consentimiento expreso de la autoridad suprema del Estado para su nacimiento y existencia.

por el solo hecho de su aparición corporal proclama su título a la capacidad del derecho ... ; y a este signo visible, cada hombre y cada juez sabe los derechos que debe reconocer y prestarles protección. Cuando la capacidad natural del hombre se extiende ficticiamente a un ser ideal, el signo visible falta y la voluntad de la autoridad suprema puede sólo suplirlo creando sujetos artificiales también de derecho; abandonar esta facultad a las voluntades individuales, sería arrojar seguramente sobre el estado del derecho una grande incertidumbre, sin hablar de los abusos que podrían traer consigo si eran fraudulentas. A esta razón decisiva, tomada de la naturaleza misma del derecho, se unen consideraciones políticas y de economía política...

Una vez constituida la persona jurídica, no debe disolverse por la voluntad sola de sus miembros actuales, porque su existencia es independiente de la primera; sino que es necesaria aquí la autorización del poder supremo, tanto más que de otra parte las personas jurídicas pueden ser disueltas por la exclusiva decisión de la autoridad, no obstante la voluntad de sus miembros, si llegaran a comprometer la seguridad o los intereses del Estado.⁴⁰

La doctrina sustentada por Vélez Sarsfield fue la misma que reapareció en las notas a los arts. 45,46 y 48 del Código, a veces con palabras tomadas directamente de Savigny Y otras con frases que recuerdan al dictamen de 1857, como en el siguiente caso:

dictamen

Las que quieran formar esa asociación religiosa pueden hacerlo bajo los estatutos que voluntariamente se den, sujetándose o no a la autoridad y penas espirituales que les imponga el prelado de la iglesia... No tendrán privilegios ni excepciones como ellas dicen, y entonces su asociación religiosa estará en la más perfecta armonía con la legislación toda del país. Que se persuadan pues que su asociación es libre y que no necesitan de autorización alguna para comenzar a llenar los fines religiosos que se han propuesto.

nota del art. 46

Queda así a los particulares la libertad de hacer las asociaciones que quieran, sean religiosas, de beneficencia, o meramente industriales, sin necesidad de previa licencia de la autoridad pública, como lo exigía el derecho romano y el derecho español; pero esas asociaciones no tendrán el carácter que el código da a las personas jurídicas, creadas por un interés público; y sus miembros, en sus derechos respectivos o en sus relaciones con los derechos de un tercero, serán regidos por las leyes generales.

Los civilistas discuten sobre si Vélez Sarsfield, además de haber receptado la doctrina savignyana, hizo suya la teoría de la ficción utilizada por el maestro para explicar la capacidad de las personas jurídicas.⁴¹

Los artículos del Código, no obstante su indiscutible inspiración en Savigny, no tomaron ni tuvieron que tomar partido por ninguna teoría. En realidad, el codificador y sus contemporáneos argentinos ignoraron la controversia sobre esa cuestión, que por entonces apenas se iniciaba. Pero si la teoría de la ficción no tuvo sanción legal, no puede desconocerse que Vélez Sarsfield la asimiló (diría que inconcientemente) junto con la doctrina que la contenía.

Lo mismo le sucedió a Alfredo Lahitte, que en 1869 publicó algunas críticas contra este título del Código,⁴² y a Victorino de la Plaza, el colaborador del codificador, que las contestó, explicando que "los romanos introdujeron las ficciones en el derecho para suavizar un tanto el rigor inflexible del *"Stricto Iure Civile"*.⁴³

Cuando Vélez Sarsfield reprodujo conceptos de Savigny, tanto en el dictamen de 1857 como en las notas a los arts. 31, 33 - 34, 43 y 45 del Código, no suprimió las palabras o frases con las que había definido la teoría; las mantuvo y con ello demostró su conformidad. Todavía en el dictamen, como opinión personal, dijo que "cuando la capacidad natural del hombre se extiende ficticiamente a un ser ideal, este signo visible falta y sólo puede suplirlo la autoridad suprema creando sujetos artificiales de derecho".

Como las notas del Código no tienen valor normativo no puede aseverarse que la teoría de la ficción se haya incorporado a él, pero es evidente que ambos coincidieron también en este aspecto.

5. PROCEDIMIENTOS EMPLEADOS PARA LA FORMULACIÓN DE LAS NORMAS

Como en las demás partes del proyecto, su autor recurrió en ésta a diversos Procedimientos para darle forma a sus artículos. A saber:

a) *Recepción textual*

Freitas, art. 305

Comienza la existencia de las corporaciones con el carácter de personas jurídicas desde el día en que fueren autorizadas por ley, o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos o compromisos, y confirmación de ellas por los preladados en la parte religiosa.

Freitas, art. 43

Este *Código* protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determinan, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, o cualquier otro beneficio o privilegio.

Freitas, art. 101

Los sordomudos serán habidos por absolutamente incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito.

Vélez, art. 45

Comienza la existencia de las corporaciones, asociaciones, establecimientos etc., con el carácter de personas jurídicas, desde el día en que fuesen autorizados por la ley o por el gobierno, con aprobación de sus estatutos, y confirmación de los preladados en la parte religiosa.

Vélez, art. 58⁴⁴

Este *Código* protege a los incapaces, pero sólo para el efecto de suprimir los impedimentos de su incapacidad, dándoles la representación que en él se determinan, y sin que se les conceda el beneficio de restitución, ni ningún otro beneficio o privilegio.

Vélez, art. 153

Los sordomudos serán habidos por incapaces para los actos de la vida civil, cuando fuesen tales que no puedan darse a entender por escrito.

b) *Recepción no textual.*

Freitas, art. 272

Todos los entes susceptibles de adquisición de derechos, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal.

García Goyena, art. 320

Los derechos y obligaciones del que ha obtenido la posesión provisional de los bienes del ausente, se regulan por los del curador de los bienes del incapaz...

Freitas, art. 78

Ninguno será habido por alienado para que tenga lugar la representación necesaria que en este *Código* se determina, sin que la alienación mental sea previamente verificada, y declarada por el juez de su domicilio o residencia.

Vélez, art. 32

Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas.

Vélez, art. 119

Los derechos y obligaciones del que hubiese obtenido la posesión provisoria, serán los mismos que los del curador del incapaz de administrar sus bienes.

Vélez, art. 140

Ninguna persona será habida por demente, para los efectos que en este *Código* se determina, sin que la demencia sea previamente verificada y declarada por juez competente.

c) Recepción sólo material.

Zachariae, § 88

En el primer caso (domicilio de derecho), es la ley la que determina para ciertas personas, de una manera absoluta y sin admitir prueba contraria, el lugar donde se presume que ellas habitan.

Francia, art. 131

Si el ausente reapareciese o si se probase su existencia durante la posesión provisional, cesarán los efectos de la sentencia que haya declarado la ausencia.

Aubry y Rau, § 157

La comunidad de bienes continuada provisionalmente en virtud de la opción del esposo presente, queda disuelta definitivamente.

Vélez, art. 90 acápite

El domicilio legal es el lugar donde la ley presume, sin admitir prueba en contra, que una persona reside de una manera permanente para el ejercicio de sus derechos y cumplimiento de sus obligaciones, aunque de hecho no esté allí presente...

Vélez, art. 120

Si dada la posesión provisoria, se presentase el ausente o hubiese noticia cierta de él, quedara sin efecto alguno.

Vélez, art 123

Con la posesión definitiva queda concluida y podrá liquidarse la sociedad conyugal.

d) Fusión de artículos.

Freitas, art. 275

Son personas jurídicas extranjeras de existencia necesaria cada uno de los Estados extranjeros, o cada una de sus provincias, o municipios.

Freitas, art. 277

Son personas jurídicas extranjeras de existencia posible cualesquier establecimientos, corporaciones, o sociedades, en las circunstancias del artículo antecedente, existentes en país extranjero.

Freitas, art. 303

Los establecimientos y corporaciones, nacionales y extranjeras, con el carácter de personas jurídicas, tienen su domicilio en el lugar donde se hallaren, o donde funcionaren sus direcciones o administraciones principales

Freitas, art. 304

Prevalecerán las disposiciones antecedentes sobre el domicilio general de las personas jurídicas, no siendo el caso de competencia especial...

Freitas, art. 257

En el caso del art. 244, n. 1º, el juez fijará como día presuntivo del fallecimiento del ausente el último del primer trienio, contado, o desde el primer día de la ausencia del ausente nunca se tuvo noticia, o desde la fecha de la última noticia.

Freitas, art. 258

En el caso del art. 244, n. 2º, el juez fijará como día presuntivo del fallecimiento del desaparecido el del conflicto de guerra, naufragio, o suceso que se supone haber sido la causa del fallecimiento; y cuando el día de ese suceso no sea sabido, adoptará el término medio como se dispone en el mismo art. 244, n. 2º.

Vélez, art. 34

Son también personas jurídicas los Estados extranjeros, cada una de sus provincias o municipios, los establecimientos, corporaciones, o asociaciones existentes en países extranjeros, y que existieren en ellos con iguales condiciones que los del artículo anterior.

Vélez, art. 44

Las personas jurídicas nacionales o extranjeras, tienen su domicilio en el lugar en que se hallaren o donde funcionen sus direcciones o administraciones principales, no siendo el caso de competencia especial.

Vélez, art 117

En el caso del art. 110, el juez fijará, como día presuntivo del fallecimiento del ausente, el último día de los primeros tres años de la ausencia, o del día en que tuvo de él la última noticia y en el caso del art. 112, el día del conflicto de guerra, naufragio, terremoto, etc., si fuese conocido, y no siéndolo, el día del término medio entre el principio y el fin de la época en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido.

e) División de la fuente.

Freitas, art. 244, inc. 1

Presúmese el fallecimiento: 1º Por la ausencia de cualquier persona del lugar de su domicilio o residencia en el Imperio, tenga o no representante, sin que de ella se tenga noticia por espacio de seis años consecutivos. Estos seis años serán contados, o desde el primer día de la ausencia, si del ausente nunca se tuvo noticia, o desde la fecha de la última noticia.

Vélez, art. 110

La ausencia de una persona del lugar de su domicilio o residencia en la República, haya o no dejado representantes, sin que de ella se tenga noticia por el término de seis años causa la presunción de su fallecimiento.

Vélez, art. 111

Los seis años serán contados desde el día de la ausencia si nunca se tuvo noticia del ausente, o desde la fecha de la última noticia que se tuvo de él.

f) Composición de varias fuentes.

Austria, art. 26⁴⁵

...En las relaciones con terceros, las sociedades autorizadas, gozan en general de los mismos derechos que las personas individuales...

Freitas, art. 298

En relación a terceros, los establecimientos y corporaciones con el carácter de personas jurídicas pueden intentar, en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales...

Vélez, art. 41

Respecto de los terceros, los establecimientos o corporaciones con el carácter de personas jurídicas, gozan en general de los mismos derechos que los simples particulares para adquirir bienes, tomar y conservar la posesión de ellos, constituir servidumbres reales, recibir usufructos de las propiedades ajenas, herencias o legados por testamentos, donaciones por actos entre vivos, crear obligaciones e intentar en la medida de su capacidad de derecho, acciones civiles o criminales.

Aubry y Rau, § 143

Los individuos que sirven o que trabajan habitualmente en la casa de otro. Su domicilio lo tienen en la casa de su patrón, cuando habiten con él en la misma casa, y él no tenga otro domicilio de derecho. Esta regla no se aplica pues, ni a los trabajadores asalariados que viven en otra casa que la que es habitada por su patrón, ni a los menores no emancipados, ni a las mujeres casadas.

Freitas, art. 176, inc. 2

Las personas del servicio doméstico, industrial, o agrícola, dependientes, y agregados, en el lugar del domicilio de aquel a quien habitualmente sirviesen, o con quien se hallaren, siempre que residan en la misma vivienda, o en vivienda accesoria.

Zachariae, § 90

Es permitido a todo ciudadano transferir a su voluntad su domicilio de un lugar a otro. El cambio de domicilio se opera por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, junto a la intención de establecerse allí y fijar su establecimiento principal.

García Goyena, art. 42

... los mayores de edad que sirven habitualmente a una persona y habitan en su casa, tienen el domicilio de sus amos...

Vélez, art 90, inc. 8

Los mayores de edad que sirven, o trabajan, o que están agregados en casa de otros, tienen el domicilio de la persona a quien sirven, o para quien trabajan, siempre que residan en la misma casa, o en habitaciones accesorias, con excepción de la mujer casada, que, como obrera o doméstica, habita otra casa que la de su marido.

Freitas, art 179

Esta facultad libre no puede ser coartada por cualquier modo, o en contratos, o en disposiciones de última voluntad; y se reputan no escritas cualesquier condiciones o cláusulas en contrario.

Vélez, art. 97

El domicilio puede cambiarse de un lugar a otro. Esta facultad no puede ser coartada ni por contrato, ni por disposición de última voluntad. El cambio de domicilio se verifica instantáneamente por el hecho de la traslación de la residencia de un lugar a otro, con ánimo de permanecer en él y tener allí su principal establecimiento.

Zachariae, § 92

Chile, art. 69

La ley autoriza a las partes contratantes a hacer, en el contrato que recoge su acuerdo, elección de un domicilio especial para su ejecución

Se podrá en un contrato establecer de común acuerdo un domicilio civil especial para los actos judiciales o extrajudiciales a que diere lugar el mismo contrato.

Vélez, art. 101

Las personas en sus contratos pueden elegir un domicilio especial para la ejecución de sus obligaciones.

g) *Formulación moderna de una norma tradicional*

Partidas, IV, xxiii, 3

Freitas, art. 221

Mientras estuviese la criatura en el vientre de su madre, toda cosa que se haga, o se diga, en pro de ella, le aprovecha, bien así como si fuese nacida; mas lo que fuese dicho, o hecho en daño de su persona, o de sus cosas, no le perjudica..

Desde la concepción en el vientre materno comienza la existencia visible de las personas, y antes de su nacimiento ellas pueden adquirir algunos derechos, como si ya fuesen nacidas.

Freitas, art. 222

Esos derechos por ello sólo quedarán irrevocablemente adquiridos, si los concebidos naciesen con vida, esto es, si la manifestaren, aunque fuese por instantes, después de estar completamente separados de su madre.

Vélez, art. 70

Desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas; y antes de su nacimiento pueden adquirir algunos derechos, como si ya hubiesen nacido. Esos derechos quedan irrevocablemente adquiridos si los concebidos en el seno materno nacieren con vida, aunque fuera por instantes después de estar separados de su madre.

h) Formulación legal de doctrina.

Pothier, lib.L, tít. I, art. ii ⁴⁶

Veamos lo que es necesario decir, si él hace igualmente su comercio en ambos lugares. "Labeón dice que aquel que hace su comercio igualmente en varios lugares, se considera que no tiene domicilio en parte alguna, pero se recuerda que, según algunos jurisconsultos, se puede ser habitante de varios lugares y tener su domicilio; lo que es cierto". Ulpiano es de esta última opinión.

Zachariae, § 90

En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es entonces el lugar del principal establecimiento.

Vélez, art. 90, inc. 4

Las compañías que tengan muchos establecimientos o sucursales, tienen su domicilio especial en el lugar de dichos establecimientos, para sólo la ejecución de las obligaciones allí contraídas por los agentes locales de la sociedad.

Vélez, art 93

En el caso de habitación alternativa en diferentes lugares, el domicilio es el lugar donde se tenga la familia, o el principal establecimiento.

Zachariae, § 90

El último domicilio conocido de una persona debe ser considerado como el lugar de su verdadero domicilio cuando el nuevo es desconocido.

Aubry y Rau, § 157

Los poseedores pueden ser privados del beneficio de la posesión definitiva por una acción útil de petición de herencia. Esta acción, que, a diferencia de una verdadera acción de petición de herencia, no exige la prueba del fallecimiento de aquel cuyo patrimonio es reclamado, no compete sino a los hijos legítimos o naturales del ausente, y a sus descendientes legítimos... los poseedores pueden igualmente ser privados del beneficio de la posesión definitiva como consecuencia de la acción de petición de herencia propiamente dicha, que pueden deducir todos los herederos o sucesores del ausente, dando la prueba de su fallecimiento.

Vélez, art. 98

El último domicilio conocido de una persona es el que prevalece, cuando no es conocido el nuevo.

Vélez, art. 125

Si el ausente hubiese dejado hijos legítimos, cuya existencia se ignoraba, podrán éstos pedir, y deberá entregárseles, los bienes del ausente, como en el caso de la aparición de éste. Lo mismo se hará si se presentasen herederos instituidos en un testamento del que no se tenía conocimiento, y los herederos probasen la efectiva muerte del testador.

6 LAS FUENTES DIRECTAS.⁴⁷

- 30: F, 16 y nota
31: F, 17
32: F, 272
33: F, 274 y 276
34: F, 275 y 277
35: E 285
36: F, 290
37: F, 291
38: F, 294
39: F, 295 - 297
40: Austria, 26, 1
41: Austria, 26, 2, y F, 298
42: F, 299
43: F, 300
44: F, 303 y 304
45: F, 305
46: F, 308
47: F, 310
48: F, 312 y 315
49: F, 313
50: F, 314
51: F, 35
52: F, 40
53: F, 36 y 37
54: F, 41
55: P, 42, 1 y 2
- 56: F, 17 y nota
57: F, 44, 1 - 4
58: F, 43
59: F, 45 y 47
60: F, 48, 1
61: F, 51
62: F, 52
63: F, 53
64: F, 54
65: F, 56
66: F, 57
67: F, 58 y 59
68: F, 60
69: F, 61
70: F, 221 y 222
71: F, 223
72: F, 224
73: F, 225
74: F, 226
75: F, 228
76: F, 229
77: F, 230 y 231, y Ch, 76
78: F, 232
79: F, 234, acápite
80: F, 234, 1
81: F, 234, 2
- 82: F, 234, 3
83: F, 234, 4
84: F, 234, 5
85: F, 235
86: F, 236 y 237
87: F, 238
88: F, 239
89: Ch, 62, y F, 182
90, acápite. Z, § 88
90, 1: F, 176, 3⁴⁸
90, 2: F, 176, 4
90, 3: GG, 45
90, 4: Pothier, L, I, ii
90, 5: GG, 44, y F, 191, nota
90, 6: F, 176, 1
90, 7: AR, § 145
90, 8: GG, 42; F, 176, 2, y AR, 143
90, 9: AR, § 143
91: 7, § 89
92. AR, § 144. nota 1
93: Z, § 90, y Ch, 63
94: Ch. 63
95: Ch, 65
96. fuente incierta
97: Z, § 90, y F, 179
98: Z, § 90
99: Z, § 90
- 100: Z, § 91
101: Z, § 92, y Ch, 69
102: Francia,
103: F, 240. y Ch, 78 (1ª parte), y original (2ª parte)
104: F, 241, 1
105: F, 241, 3
106: F, 241, 4
107: F, 241, 2
108: F, 242
109: F, 243
110: F, 244, 1
111: F, 244, 1
112: F, 244, 2
113: F, 245 - 247
114: F, 248, 1, y 249
115: F, 252 y 253
116: F, 250 y 254
117: F, 257 y 258
118: F, 260, y GG, 318 y 319
119: GG, 320
120. Francia, 131
121: Z, § 100
122: GG, 322 y 323
123: AR, § 157
124: GO, 325
125: AR, § 157
126: F, 62

127: F, 63	143: F, 82
128: F, 64	144: F, 83
129: F, 65	145: F, 84
130: F, 66	146: F, 85
131: F, 67	147: F, 86 y 89
132: F, 68	148: F, 87
133: F, 69	149: F, 88
134: F, 71	150: F, 96
135: F, 72, 1 - 8	151: F, 99
136: F, 74	152: F, 100
137: F, 75	153: F, 101
138: F, 76	154: F, 102
139: F, 77	155: F, 103
140: F, 78	156: F, 104
141: F, 79	157: F, 105
142: F, 81	158: F, 106

El número de artículos en los que influyen las fuentes directas es, pues, el siguiente:

F : 110
Z : 10
Ch : 7
GG: 5
AR : 4
Austria: 2
Francia: 2
Pothier: 1

7. INFLUENCIA EJERCIDA EN EL *CÓDIGO* URUGUAYO.

El *Código Civil* uruguayo, promulgado por el gobierno provisional el 23 de enero de 1868 y sancionado por la asamblea legislativa el 20 de julio de ese año, entró en vigencia el 19 de enero de 1869. Su redactor fue el jurista argentino -cordobés como Vélez Sarsfield- Tristán Narvaja, pero previo a su promulgación, el proyecto fue revisado por una comisión integrada por Manuel Herrera y Obes, Antonio Rodríguez Caballero, Joaquín Requena y el mismo Narvaja.

El informe de la comisión, dirigido al gobernador provisional, Venancio Flores, el 31 de diciembre de 1867, consignaba que "los códigos de Europa, los de América, y con especialidad el justamente elogiado de Chile, los más sabios comentadores del *Código Napoleón*, el proyecto del Dr. Acevedo, el del Sr. Goyena, el del Sr. Freitas, el del Dr. Vélez Sarsfield han sido los antecedentes sobre que se ha elaborado la obra que hemos revisado, discutido y aprobado".⁴⁹

Si bien el *Código* fue sancionado y publicado sin notas, Narvaja, para su propio uso, las había hecho. Estas notas permanecieron inéditas hasta que fueron publicadas en 1910.⁵⁰ Su conocimiento facilita la tarea de investigar las fuentes y, entre ellas, de la influencia que tuvo el proyecto de *Código Civil* argentino, cuya redacción no había concluido aún Vélez Sarsfield cuando se promulgó el *Código* oriental. En la presente sección esa influencia fue escasa. El Uruguay estuvo distante de receptor la obra de Vélez Sarsfield, como en cambio lo haría el Paraguay.

Llama la atención la ausencia en el *Código* de Narvaja de un título sobre las personas jurídicas, teniendo en cuenta que no sólo el codificador argentino, sino también Andrés Bello, uno de los modelos principales seguidos por aquél (junto al *Código* francés y a García Goyena), lo habían incluido. En su lugar, se limitó a decir en un artículo -el 22- qué eran y cuáles las personas jurídicas. El motivo es que sustentaba la falsa opinión de que las corporaciones no formaban parte del derecho civil propiamente dicho y que dependían del derecho administrativo (nota del art. 37).⁵¹

Otros títulos que inexplicablemente faltan son los referentes a la capacidad y a los incapaces.

El art. 47 es el 86 del *Código Civil* argentino. Aunque en la nota respectiva Narvaja cita primero al *Esbozo*, arts. 236 y 237, fuente de Vélez Sarsfield la redacción coincide textualmente con la de éste.

Vélez, art. 86

Estando en debida forma los certificados de los registros mencionados, se presume la verdad de ellos, salvo sin embargo, a los interesados el derecho de impugnar en todo o en parte las declaraciones contenidas en esos documentos, o la identidad de la persona de que esos documentos tratasen.

Uruguay, art. 47

Estando en debida forma los certificados de los registros mencionados en los artículos 40 y 41, se presume la verdad de ellos; salvo sin embargo a los interesados el derecho de impugnar, en todo o en parte, las declaraciones contenidas en esos documentos, o la identidad de la persona de que esos documentos tratasen.

El art. 53 es, a su vez, con leves cambios formales, el art. 87 del *Código* argentino. Se repite en su nota la situación anterior con relación a las fuentes.

Vélez, art. 87

A falta absoluta de prueba de la edad, por cualquiera de los modos declarados, y cuando su determinación fuere indispensable, se decidirá por la fisonomía, a juicio de facultativos, nombrados por el juez.

Uruguay, art. 53

En falta absoluta de prueba de la edad por documentos o declaraciones que fijen la época del nacimiento, y cuando su determinación fuese indispensable, se decidirá por el aspecto físico del individuo, a juicio de facultativos nombrados por el juez.

NOTAS SEGUNDA PARTE

¹ Estudié las fuentes de la sección segunda en *Influencia de Teixeira de Freitas sobre el proyecto de Código Civil argentino en materia de relaciones de familia. Las fuentes utilizadas por Vélez Sarsfield, en Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericana. A cura di Sandro Schipani, Il Università di Roma, Centro Interdisciplinare di Studi Latinoamericani, Padova, 1988, 399 - 426.*

² *Proyecto de Código Civil para la República Argentina, Buenos Aires, 1865, v.*

³ *Influencia de Teixeira de Freitas cit. (supra n. 1)*

⁴ Ejemplo: nota del título "De lo personas jurídicas" *in fine*.

⁵ Nota del 20 de octubre de 1864, en *J. Cabral Texo, Historia del Código Civil argentino, Buenos Aires, 1920, 77-79.*

⁶ Nota del 21 de junio de 1865, en *op. cit. (supra n. 2).*

⁷ *A. Levaggi. La formación romanística de Dalmacio Vélez Sarsfield en Studi Sassaresi, V. Milano 1981, 317 - 345.* Agustín Díaz Bialet, que destacó la influencia ejercida en su espíritu por la universidad cordobesa desde su ingreso como estudiante de latinidad en 1812, supone que naturalmente, "no aprendió Vélez Sarsfield en la universidad cordobesa, todo el derecho que puso a contribución del Código Civil argentino, pero le debe a la Escuela de Derecho de Córdoba, las fundamentos de su educación mental" (*A. Díaz Bialet, El derecho romano en la obra de Vélez Sarsfield I. Córdoba, 1949, 5.*)

⁸ Nicolás Avellaneda recordaba que "el doctor Vélez en sus últimos años era un jurisconsulto de la escuela de Savigny, y que creía en la inminencia o perpetuidad del derecho romano" (*N. Avellaneda, El doctor Vélez Sarsfield (Reminiscencias), ídem, Escritos y discursos, III, Buenos Aires, 1910, 267.*)

⁹ Vicente Fidel subestimó el trabajo científico de los codificadores rioplatenses, incluido Vélez Sarsfield, cuando manifestó que "la ciencia no entra para nada en ese trabajo: no ha entrado al menos en los que llevamos sancionados, y de su texto bien clara se desprende que no son otra, con que copias, que selecciones, más o menos felices, de lo estatuido y redactado por los códigos franceses, anotados por la crítica jurídica y por los pronunciamientos de la magistratura francesa. Trabajos de mera comparación, de mero acomodo de incisos, que, por su mismo carácter absoluto y fragmentario carecen hasta del mérito de ser obras de jurisprudencia" (*M. R. García - J. F. Lopez - M. A. Saez - J. B. Alberdi - D. Vélez Sarsfield - V. F. Lopez - A. Lahitte - V. de la Plaza, Juicios críticos sobre el proyecto de Código Civil argentino, Buenos Aires, 1920, 272-273*)

¹⁰ *A. Díaz Bialet, Op. cit. (supra n. 7), I.224 - 225.*

¹¹ *Ibidem, II, 1950, 29 - 30.*

¹² *M. R. García, Op. cit. (supra n. 9), 242*

¹³ *J. Cabral Texo Op. cit. (supra n. 5), 127.*

¹⁴ Nota del 21 de junio de 1865 cit (supra n. 2).

¹⁵ *S. Meira, Teixeira de Freitas. O jurisconsulto do Império, Brasília, 1983, 352-356.*

¹⁶ *Introducción a L. V. Varela, Concordancias y fundamentos del Código Civil argentino, I. Buenos Aires 1873, v - vi.*

-
- ¹⁷ Ch. Aubry - Ch. Rau, *Cours de droit civil francais*, I. Paris, 1856.
- ¹⁸ A. T. de Freitas, *Código Civil. Esboço*, Rio de Janeiro 1860.
- ¹⁹ *Civil code of the State of Louisiana I*, New Orleans, 1838.
- ²⁰ *Código Civil de la República de Chile*, Santiago de Chile, 1858.
- ²¹ K. S. Zachariae, *Le droit civil francais* (trad. G. Massé - CH. Vergé), I, Paris, 1854.
- ²² F. García Goyena, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español I*, Madrid, 1852.
- ²³ M. R. García, *Op. cit.* (supra n. 9), 40.
- ²⁴ *Ibidem* 253 - 254.
- ²⁵ J. E. Portalis, *Discurso preliminar sobre el proyecto de Código Civil* (Trad. C. Suárez A.), Buenos Aires, 1959, 21 s
- ²⁶ Sesión del 20 de julio de 1858. D. Vélez Sarsfield *Escritos jurídicos*, Buenos Aires, 1971, 335.
- ²⁷ M. R. García, *Op. cit.* (supra, n. 9), 249.
- ²⁸ A. Guzmán Brizo, *Andrés Bello codificador. Historia de la fijación y codificación del derecho civil en Chile*, I, Santiago de Chile, 1982, 422 - V. las categorías que traza Guzmán para definir los distintos modos de influencia formal y material m 412 s.
- ²⁹ J. M. Álvarez, *Instituciones del derecho real de España (adicionada con varios apéndices, párrafos, etc. por D. Vélez)*, Buenos Aires, 1834, 47 - 51, 134 - 151 y 152 - 157.
- ³⁰ D. Vélez Sarsfield, *Dictámenes en la asesoría de gobierno del Estado de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1982, 184-188. Del tema de los registros se ocupa J. Cabral Texo, *Fuentes nacionales del Código Civil argentino (Estudio de algunas de sus disposiciones)*, Buenos Aires, 1919, 27 - 61.
- ³¹ D. Vélez Sarsfield, *Escritos cit.* (supra, n. 26), 319 - 322.
- ³² R C. Savigny, *Traité du droit romain* (trad. CH. Guenoux), Paris, 1855 - 1860.
- ³³ A. Levaggi, *El método del Código Civil argentino y sus fuentes*, en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*. X, Valparaíso, 1985, 159 - 175.
- ³⁴ Marca la diferencia que en este tema hay entre el Código de Chile y el *Esbozo*, H. Hanisch Espíndola Augusto Teixeira de Freitas y Andrés Bello, en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*, VIII, Valparaíso, 1983, 111 - 113. *idem*, *La influencia de Savigny en Bello en materia de personas jurídicas*, en *Revista cit.* (supra), V, 1980, 167 ss.
- ³⁵ Sólo la recoge accidentalmente en el art. 44, y no con fines clasificatorios.
- ³⁶ Estudié el asunto al cual se refiere el dictamen en A. Levaggi, *Dalmacio Vélez Sarsfield y el derecho eclesiástico*, Buenos Aires 1969, 136 - 140. Reproduje la documentación respectiva, incluido el dictamen, en 241 - 247.

³⁷ Entre los papeles del archivo de Isidoro Ruiz Moreno, hay un apunte que conozco gracias a una carta de su nieto, Isidro 1. Ruiz Moreno, que dice: 'Mi padre me refirió lo siguiente: el doctor Dalmacio Vélez Sarsfield tenía en su casa en ésta, un escritorio con puerta a la calle. Una tarde pasaba aquél y vio al doctor Vélez Sarsfield sentado en dicho escritorio; se detuvo un momento y se pusieron a conversar. Mi padre le preguntó cómo iban los trabajos del *Código Civil*, y aquél le contestó que adelantaban y que estaba redactando la parte de derechos reales. Entonces mi padre le manifestó que acababa de recibir la obra de Savigny. - ¿Ud. tiene ese libro?, le preguntó Vélez, tiene que prestármelo. Mi padre le contestó que lo haría con todo gusto. Algunos días después volvieron a verse y Vélez lo dijo: -No sabe Ud. cuánto le agradezco su préstamo, pero he tenido que rehacer mucho, porque Savigny me ha dado vuelta la cabeza".

³⁸ El 10 de enero de 1859, éste firmó con el gobierno imperial el contrato para la confección del Código Civil e inició el trabajo (*S. Meira, Op. cit. supra n. 15*), 185.

³⁹ Vélez Sarsfield poseía en su biblioteca la obra, además del *Tratado de la posesión en derecho romano, El derecho de las obligaciones e Historia del derecho romano en la Edad Media*, siempre en versión francesa (*Catálogo de la Biblioteca Dalmacio Vélez Sarsfield, Prólogo del Dr. E. Martínez Paz, Córdoba, 1940, 201 s.*).

⁴⁰ F. C. de Savigny, *Sistema del derecho romano actual (trad. J. Mesía - M. Poley)*, II, Madrid, 1879, 84 - 86. Para reforzar la relación ideológica que existió entre el jurisconsulto alemán y el argentino, cabe agregar un dato. Me refiero al uso hecho por Vélez Sarsfield en 1849 del *Tratado de la posesión* para fundamentar el escrito que presentó en la causa de su cliente, Juan Bautista Peña, con Jaime Llavallol, sobre la compra de unos terrenos (*D. Vélez Sarsfield, Escritos cit. (supra n. 26)*, 91-128).

⁴¹ Se refiere a la discusión, *J. J. Llambias, Tratado de derecho civil. Parte general*, II, Buenos Aires 1980, 25-27.

⁴² *M. R. García, Op. cit. (supra n. 9)*. 339 - 347.

⁴³ *Ibidem*, 441 - 485.

⁴⁴ En la nota correspondiente consignó: "este artículo es el 43 del proyecto de Freitas".

⁴⁵ *45 Codice civile generale austriaco, I, Milano, 1815.*

⁴⁶ *R. J. Pothier, Pandectes de Justinien, XXI, Paris, 1823.*

⁴⁷ Adopté como punto de partida para la investigación el libro de L. Segovia, *El Código Civil de la República Argentina, I. Buenos Aires, 1881*. El primer número que cito en la tabla corresponde al artículo del Código Civil argentino. Para la mención de las fuentes, empleo las siguientes abreviaturas:

AR = Aubry y Rau
CH = Código Civil chileno
F = Teixeira de Freitas
GG = García Goyena
Z = Zachariae

⁴⁸ Zachariae § 89, es la fuente del orden de los incisos.

⁴⁹ *Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay, Montevideo, 1868, i.*

⁵⁰ *T. Narvaja, Fuentes, notas y concordancias del Código Civil de la República Oriental. del Uruguay, Montevideo, 1910.*

⁵¹ En esta nota, al señalar la solución contraria seguida por el Código argentino, erró cuando dijo que habla copiado al Código de Luisiana. La fuente directa, como lo declaró el autor en la nota del título, no fue ésa sino el *Esbozo*.