La Sampay

Tenemos el gusto de publicar un artículo interesantísimo de Arturo Sampay, uno de los más originales constitucionalistas argentinos, sobre el artículo 19 de la Constitución Nacional que establece el principio de intimidad, de reserva o, como preferimos llamarlo nosotros, el principio de libertad.
Claro que no coincidimos en muchos aspectos con la interpretación de don Arturo, pero es muy lúcida, poco conocida, y vale la pena ser leída.
Nuestra fuente ha sido la interesantísima revista 'Contextos' que publica la Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires.

Otra nota nuestra sobre Sampay: La RERERElección presidencial

La Filosofía Jurídica del Artículo 19 de la Constitución Nacional (*)

I. Génesis histórica del artículo 19 de la Constitución nacional

1. Cicerón ya lo vio bien: una filosofía esencial, que determina en qué consiste el bien humano, anima necesariamente a todo ordenamiento jurídico positivo1, pues éstos tienen por finalidad promover la buena vida social entre los miembros de la comunidad. En su original artículo 19, la Constitución nacional enuncia la filosofía que siempre ha sido la fuente del derecho positivo argentino, ya que esta disposición, casi con su ac-tual texto, surge poco menos que a la par de nuestro ser nacional y ha perdurado a través de todas las reformas constitucionales experimenta-das por el país.
Antes de analizar el significado de dicho precepto y precisamente para facilitar esta tarea, estudiaremos su génesis histórica y la filosofía del le-gislador respecto al tema, puesto que, como ya lo expresaba Platón, lo ordenado por una ley es un juicio de la razón, un *logismós*, que se tor-na decreto del Estado, *dogma poleos*2, y entonces aquel *logos*, aquella concepción esencial, de donde deriva la regla para la acción o *praxis* de los miembros de la sociedad, es algo que debe preconocerse para comprender la norma de que se trata. O sea, el estudio de la dogmática constitucional, vale decir, de la ley positiva constitucional, requiere fun-damentalmente la aprehensión de la idea interna con la cual el legislador articuló ese dogma del Estado.
2. La segunda parte del artículo 19 –la parte rigurosamente preceptiva porque la primera es de mera enunciación de principios– surge en el de-recho público argentino con el artículo 194 del Proyecto de Constitución de 1813 elaborado por la Sociedad Patriótica y Literaria, el cual rezaba:

(*) Publicado por Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975. La presente re-producción fue autorizada por el Dr. Arturo Enrique T. Sampay, hijo

del autor, especialmente para *Con-textos.*
1 *De Legibus*, lib. I, 17.
2 *Las Leyes*, 644 d.

“No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe”. Este precepto fue tomado del artículo 157 de la Constitución de Venezuela sancionada el 21 de diciembre de 1811, que establecía: “No se puede impedir lo que no está prohibido por la ley y ninguno podrá ser obligado a hacer lo que ella no prescribe”. Monteagudo fue el inspirador del proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica y Literaria y el presbítero doctor Antonio Sáenz, su redactor3. Por su parte, los constituyentes venezolanos receptaron esa disposición del artículo 5º de la declaración francesa de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789, y cuyo texto es del tenor siguiente: “La ley no tiene derecho a prohibir más acciones que las nocivas a la socie-dad. Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser obligado a hacer lo que ella no ordena”4.

3. En el capítulo primero de la sección séptima del Estatuto provisional sancionado el 5 de mayo de 1815 se consagró nuestro actual artículo 19 con los siguientes términos: “Art. I. Las acciones privadas de los hom-bres, que de ningún modo ofenden al orden público, ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. “Art. II. Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley clara, y expresamente, ni privado de lo que ella

3 Cfr. C. L. Fregeiro, “Primera Constitución Argentina”, en: La Biblioteca, Año I, t. I, Buenos Aires, 1896, p. 382.
Monteagudo consideró a la Constitución venezolana de 1811 “un eterno monumento a la filosofía y a la equidad..., constitución capaz por sí sola de justificar nuestro orgullo y de honrar al genio americano en su mismo rival hemisférico”. (*El Grito del Sud* / Buenos-Ayres / Del Martes 19 de Enero de 1813). Entre los libros de Monteagudo embargados en 1815 figura *Documentos relativos a Caracas en Inglés y Espa-ñol*. (Museo Mitre, Inventario de los libros de Bernardo de Monteagudo, A. 1, c. 18, c. 18, 1, fol. 4 vta.); se trata de *Documentos interesantes relativos a / Interisting Documents relating to Caracas*, London, 1812, y donde se halla publicada entre las páginas 150 y 302 el texto en castellano e inglés de la Constitución venezolana de 1811.
4 Lo preceptuado en el artículo 5º de la Declaración de 1789 no se encuentra repetido en las otras declaraciones de derechos sancionadas por las convenciones de la revolución francesa, y de aquella declaración existía solamente la versión castellana del prócer colombiano Antonio Nariño, publicada en Bogotá en 1793. Esta edición de cien ejemplares fue totalmente destruida por Nariño en vísperas de

ser encarcelado por esa publicación, pues, desde diciembre de 1789, la Inquisición en América tenía prohi-bido la declaración de los derechos del hombre de la revolución francesa (Cfr. J. T. Medina, Historia del Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición de Cartagena de Indias, Santiago de Chile, 1899. p. 387-391). El propio Nariño reimprimió su traducción en Caracas en 1811, y sin duda esta reedición fue utilizada por los constituyentes venezolanos de 1811. (Cfr. Pedro Grazes, *La conspiración de Gual y España* y el *ideario de la independencia*, Caracas, 1949, p. 56-57).

Las fuentes principales de la Constitución venezolana de 1811 son las declaraciones de derechos de la revolución francesa y las constituciones norteamericanas traducidas al español por Manuel García del Sena y publicadas en su libro *La Independencia de la Costa Firme justificada por Thomas Paine treinta y ocho años ha*, Philadelphia, 1811.

Ariosto D. Fernández pone como fuente del proyecto argentino de 1813, elaborado por la Sociedad Pa-triótica y Literaria, a los modelos utilizados por los redactores de la Constitución venezolana, siendo que Monteagudo y Sáenz han tenido como casi exclusiva fuente de su proyecto a la antedicha Constitución venezolana. (Cfr. Ariosto D. Fernández, *Fuentes y concordancias del Proyecto de Constitución de la Sociedad Patriótica y Literaria de Buenos Aires*, Montevideo, 1940).

del mismo modo no prohíbe". El principal redactor de este Estatuto fue Antonio Sáenz5.

En el Reglamento Provisorio de 1817 quedaron con la misma redacción y numeración los artículos del Estatuto que acabamos de transcribir, pues así lo había aconsejado la comisión especial encargada de proponer las reformas6. Cabe recordar que el doctor Antonio Sáenz también integraba el Congreso que aprobó dichas reformas.

4. La Constitución de 1819 recogió los dos artículos que nos vienen ocu-pando, pero se los hizo objeto de algunos ajustes conceptuales. Veá-moslos. "Art. 112. Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofenden el orden público ni perjudican a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". "Art. 113. Ningún habitante del Estado, será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe".

Se habrá notado que la Constitución de 1819 quita una expresión super-flua al segundo de los artículos en estudio, cual es la que decía que lo mandado o prohibido por el Estado debía serlo "clara y expresamente", porque una ley no puede tener otro estilo que no sea el propio de la orden que encierra, esto es, neto e imperativo.

También corresponde destacar, por ser significativo el hecho, que el artículo 122, sancionado el 3 de marzo de 1819, tenía la siguiente redacción: "Ningún habitante del Estado ESTARÁ obligado a hacer lo que no manda la ley, ni será privado de lo que ella no prohíbe"7. La comisión redactora y ordenadora de los artículos sancionados por el Congreso modificó dicho artículo 122, que pasó a ser el 113 de

la Constitución de 1819, con la siguiente variación: “Ningún habitante del Estado será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”. Evidentemente, el giro “no estará obligado” parece expresar que cualquier acción permitida por el Estado es legítima y, en cambio, cuando expresa “no será obligado” significa que la autoridad no impondrá ninguna conducta al margen de lo dispuesto por la ley, pero el legislador no descarta que otras normas obliguen en esos casos a cumplir determinadas acciones, porque las leyes ni preceptúan todos los actos virtuosos ni prohíben todos los actos viciosos.

Cabe por último agregar que el doctor Antonio Sáenz fue el principal autor de la Constitución de 1819.

5 Emilio Ravignani, *Antonio Sáenz / Fundador y organizador de la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1925, p. 5.

6 *Reforma del Estatuto Provisional del Estado*, Buenos-Ayres, Imprenta de Niños Expósitos, 1816, p. 12

7 Emilio Ravignani, *Asambleas Constituyentes Argentinas*, T. I, Buenos Aires, 1937, p. 411.

Bien; según se ha visto, a esta altura del desarrollo constitucional argen-tino ya se encuentra cabalmente conformado el texto del artículo 19 que nos rige, salvo un concepto que intercalaran los constituyentes de 1853 y la sustitución de un término que se consumará en la convención nacional de 1860 y que luego trataremos.

Un cotejo lexicográfico e ideológico entre los preceptos constitucionales de referencia y los escritos del doctor Antonio Sáenz autoriza a afirmar que este ilustre jurista ha sido el autor de ellos. Lo cual se explica si se considera que el fundador de la Universidad de Buenos Aires y primer profesor de Derecho natural en su departamento de jurisprudencia, era el miembro de la Generación de Mayo de superior cultura jurídica8. Resu-mamos, pues, para completar la historia del precepto constitucional que venimos estudiando, los temas de la filosofía jurídica clásica expuestos por Sáenz y que afloran, como sentencias proemiales, en esa norma.

La afirmación fundamental de Sáenz es que las leyes del Estado reglan los “actos exteriores y públicos” de los individuos, calificando de “públi-cos” los actos humanos relacionados con el orden de la sociedad.

El legislador del Estado, enseña Sáenz, debe elaborar sus órdenes, en

8 Antonio Sáenz se formó en la Universidad de Charcas, en cuyas aulas se difundía la filosofía de Santo Tomás y a través de ésta, los principios de la cultura jurídica greco-romana. (Cfr. Guillermo Francovich,

El pensamiento universitario de Charcas, Sucre, 1948, p. 9-13).

Desempeñó en 1805 la cátedra de Teología del Colegio San Carlos de Buenos Aires. (Cfr. Nicolás Fas-solino, *Vida y obra del primer Rector y Cancelario de la Universidad, presbítero doctor Antonio Sáenz*, Buenos Aires, 1921, p. 27). La enseñanza que se impartía en este colegio era conforme a la doctrina de Santo Tomás. (Cfr. Monseñor Antonio Caggiano, *La enseñanza de la Filosofía Moral (Ética)*

en el Real Colegio de San Carlos en el último decenio del siglo XVIII, Rosario, 1942).
En 1809 Sáenz fue llamado a ocupar la cátedra de Filosofía en el mismo Colegio, pero no pudo hacerlo a causa de un enconado pleito que mantenía con el Obispo Lue. (Cfr. Antonino Salvadores, “El último catedrático de Filosofía, nombrado por ‘oposición’ en el Real Colegio de San Carlos de Buenos Aires”, en: *Labor de los Centros de Estudios*, Universidad Nacional de La Plata, 1938, p. 268).
En el Cabildo abierto del 22 de Mayo de 1810 sentó la siguiente proposición que resume la enseñanza de la filosofía escolástica respecto al derecho del pueblo para darse su organización política: “Que ha lle-gado el caso de reasumir el pueblo su originaria autoridad y derechos; y mientras que los afianza en una junta sabia y estable, deben subrogarse en el Exmo. Cabildo, con voto en su lugar al Caballero Síndico Procurador General”. (Cfr. Roberto H. Marfany, *El Cabildo de Mayo*, Buenos Aires, 1961, p. 77-81).
Fue redactor del *Manifiesto que hace a las Naciones el Congreso General Constituyente de las Provin-cias Unidas del Río de la Plata, sobre el tratamiento y crueldades que han sufrido de los Españoles, y motivado la declaración de Su Independencia*, Buenos-Ayres, Imprenta de la Independencia, 1817), lo cual se sabe por una carta de fecha 10 de Diciembre de 1817 de Fray Cayetano Rodríguez al Obispo de Córdoba Dr. Agustín Molina. (Cfr. Fray Pacífico Otero, *Estudio biográfico sobre Fray Cayetanto José Rodríguez y recopilación de sus producciones literarias*, Córdoba, 1889, p. 234).
Fue el primer profesor de derecho natural y de gentes de la Universidad de Buenos. (Cfr. Agustín Pesta-lardo, *Historia de la Enseñanza de las Ciencias Jurídicas y Sociales en la Universidad de Buenos Aires*, Buenos Aires, 1941, p. 39-44).
La enseñanza filosófica jurídica que impartía se inspiraba, no obstante el conocimiento de los autores modernos, como Grocio, Vattel, etc., en la doctrina escolástica, según se lo achacaron los empiristas entonces en boga en los círculos de intelectuales capitalinos. (Cfr. *El Centinela*, nº 30, de 23 de Febrero de 1823, t. II, p. 104-106; Actas originales de la “Sociedad Literaria de Buenos Aires”, reunión nº 67 del 27 de Febrero de 1823, en: Gregorio F. Rodríguez, *Contribución Histórica y Documental*, Buenos Aires, 1921, T. I, p. 385-386.

cuanto a su forma, con “claridad y exactitud” y, en lo que atañe a su contenido, alojando dentro de ellas los tres principios en que se funda la justicia de todos los derechos, a saber, “vivir honestamente, no dañar a otro, dar a cada uno lo suyo”. Pero vivir honestamente en la sociedad, no dañando a otro y dando a cada uno lo suyo significa respetar los dere-chos del prójimo, y estos derechos son las franquicias necesarias al libre desarrollo del ser humano y en cuyo logro reside su felicidad.
El rústico y el filósofo, afirma Sáenz, descubren por igual estos primeros principios

del obrar humano: “lo que me perjudica me constituye infeliz; lo que yo quiero para mí, debo quererlo para los demás”.
El derecho natural, por tanto, es promulgado por Dios al crear la naturaleza del hombre y “es intimado a todo el género humano por la recta razón”. Dios, como legislador del orden natural, juzga las violaciones de ese or-den y los magistrados del Estado juzgan, en su órbita, las violaciones del orden impuesto por el legislador del Estado. Y como el orden impuesto por el Estado sólo comprende el acto humano que “ofende, frustra y que-branta el orden de toda sociedad racional”, a Dios le queda reservado de manera exclusiva el juzgamiento de los demás actos humanos, llamados “privados” por su contraposición a los “actos públicos”9.
Decíamos que en los dos citados artículos de la Constitución de 1819 ya se encontraba redondeado el texto del actual artículo 19 de la Constitu-ción Nacional. Bien; tales normas fueron trasegadas a los artículos 162 y 163 de la Constitución de 1826.
5. Apenas sancionada la disposición de la Constitución de 1826 que des-pués sería la parte proemial del artículo 18, mereció un brevísimo pero esclarecedor comentario del doctor Pedro Ignacio de Castro Barros, miembro de los cuerpos constituyentes que sancionaron el Reglamento de 1817 y la Constitución de 1819, como antes había sido, junto con el doctor Antonio Sáenz, de la Asamblea del año XIII y del Congreso de Tucumán. Además, Castro Barros poseía una sólida cultura filosófica política10.
9 Los escritos de Sáenz que hemos resumido en el texto son los siguientes: “Un estudio sobre las leyes”, en *Mártir o Libre*, nº 7, Lunes de Mayo de 1812, p. 52-56; “Correspondencia sobre el derecho natural”, en *El Centinela*, nº 32, Buenos Aires. Domingo 9 de Marzo de 1823, p. 139-140; “De los Duelos”, en *La Abeja Argentina*, nº 15, 15 de Julio de 1823, T. II, p. 216; *Informe de la Comisión nombrada para censurar el curso de Derecho natural dictado por el Doctor Don Antonio Sáenz y Acuerdo de la Muy ilustre Sala de doctores de esta Universidad*, Buenos Aires, Imprenta de la Independencia 1823; *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes (Curso dictado en la Universidad de Buenos Aires en los años 1822-23),* Buenos Aires, 1939..
10 Castro Barros formuló una ajustada filosofía de los fines del poder político en su estudio titulado *Sobre la Autoridad Espiritual Soberana de la Iglesia y su Independencia absoluta de la Autoridad Civil, Soberana de la Patria, publicado como apéndice del Panegírico del Glorioso Príncipe de los Apóstoles predicado...*
por el Doctor D. Miguel Calisto del Corro y Cabanillas, Buenos Aires, Imprenta Argentina, 1838.

En la época que se dictó la Constitución de 1826, Castro Barros, a la sazón Rector

de la Universidad de Córdoba, reeditaba en esta ciudad
*El Pensador político-religioso de Chile*11. En un estudio aparecido en este periódico, cuyo autor era el célebre canonista Fray justo Pastor Donoso, donde aseverábase que las leyes del Estado comprenden una mínima parte de las acciones humanas, en tanto que las leyes morales las abra-zan a todas, por lo cual estas últimas tienen fuerza para refrenar las accio-nes internas antes que exterioricen un daño social, Castro Barros ponía la siguiente apostilla: "Por esto se pone en los códigos constitucionales que las acciones privadas, que en modo alguno trasciendan al orden públi-co, están reservadas sólo a Dios"12. Interpretando las mentadas cláusulas constitucionales en el sentido de que ellas reconocen que todos los actos humanos forman la materia de la moral y, consecuentemente, caen bajo el juzgamiento de Dios, mientras que los actos externos concernientes al orden público son los únicos reservados a la potestad del Estado, esto es, los que constituyen la materia del derecho.

6. Antes de abocarnos al conocimiento del tramo final de la génesis del artículo 19 de la Constitución de 1853, mostraremos que los preceptos pertinentes del Estatuto Provisorio de 1817 y de las Constituciones de 1819 y 1826 fueron modelos de las cartas dictadas en la época por algunas provincias argentinas y por un país limítrofe desprendido del nuestro.

En efecto, el Reglamento Provisorio de Córdoba de 1821, redactado por el ex-diputado a la Asamblea del año XIII y profesor de la Universidad, Canónigo José Gregorio Baigorri13, reproduce en los artículos 2 y 3 del capítulo XXIII las normas correspondientes del Reglamento Provisorio de 1817, cuerpo de leyes, dicho sea al pasar, que sirvió de pauta a toda la labor del legislador cordobés de 1821.

El Estatuto Provisorio Constitucional sancionado por el Congreso de En-tre Ríos el 4 de marzo de 1822 adopta, literalmente, en sus artículos 98 y 99 los preceptos de la Constitución de 1819 que conocemos.

La primera Constitución que en 1830 se dio la República Oriental del Uruguay trasladó a su artículo 134 los dos preceptos de la Constitución Argentina de 1826.

Hacemos notar que el procedimiento de unificar en un solo artículo los dos preceptos en estudio, que realizó el constituyente

11 El periódico era escrito y publicado en Santiago de Chile por Juan Fariñas y Fray Justo Pastor Donoso. Cfr. Antonio Zinny, *Efemiridografía argireparquiótica o sea de las Provincias Argentinas,* Buenos Aires, 1868, p. 142-5.

12Núm. 13 de *El Pensador Político-religioso de Chile*, del 14 de enero de 1827, Córdoba, Imprenta de la Universidad, p. 280.

13 J. Francisco V. Silva, "Federalismo del Norte y Centro en 1820", en: *Revista de la Universidad Nacional de Córdoba,* 1931, nº 5 y 6, p. 139.

oriental de 1830, fue recogido, como luego veremos mejor, por la Consti-tución de 1853, lo cual permite inferir que nuestro artículo 19 fue tomado del artículo 134 de la carta oriental de 1830, pues esta Constitución, recomendada como modelo por Alberdi en las *Bases*, ha sido tenida a la vista por los constituyentes de Santa Fe en la recopilación de Tratados y Constituciones editada en 1848 por Florencio Varela en Montevideo.

El proyecto de Constitución para la provincia de Buenos Aires, elaborado en 1833, presumimos que por Diego Alcorta atendiendo a la precisión filosófica de sus cláusulas14, copió de la Constitución de 1826 los que fueron sus artículos 161 y 162, y de aquí pasaron a ser los artículos 162 y 163 de la Constitución del Estado de Buenos Aires de 1854, Constitu-ción, esta última, que era un calco del referido proyecto de 1833.

El Estatuto provincial de Jujuy del 6 de febrero de 1839 adopta en su artículo 53 el artículo 134 de la Constitución uruguaya, junto con todo el capítulo de disposiciones generales que proclamaba los derechos de las personas y en el cual aquel precepto se hallaba inserto.

Por último, la Constitución de Santa Fe de 1841 transcribe en sus artícu-los 69 y 70 los artículos 162 y 163 de la Constitución nacional de 1826. 7. El proyecto de Constitución presentado por la Comisión redactora del Congreso de Santa Fe juntaba en su artículo 19, según dijimos antes, los dos artículos de las constituciones argentinas precedentes, reempla-zando únicamente la locución "habitantes del Estado" por "habitantes de la Confederación". Puesto a discusión el artículo 19 en la sesión del 25 de abril de 1853, el constituyente General Pedro Ferré expresó "que votaría conforme con el artículo, con una ligera modificación y era: que, en vez de decir al *orden público*, se pusiera *a la moral y al orden públi-co*". Agregando el acta de la referida sesión: "El señor Zenteno y varios señores diputados apoyaron la modificación propuesta y el artículo fue aprobado con ella por unanimidad". Por tanto, según el acta de la sesión del 25 de abril de 1853, la primera parte del artículo 19 tendría la siguiente redacción: "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan *a la moral y al orden público*, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". Sin embargo, en el texto definitivo de la Constitución sancionado en la sesión del 1 de mayo de 1853, esa parte del artículo 19 aparece redactado en los siguientes términos: "Las acciones privadas de los hombres, que de

14 El referido proyecto estaba firmado por Mateo Vidal, Diego Alcorta y Justo García Valdez, miembros de la comisión de negocios constitucionales de la Legislatura de Buenos Aires. Los fundamentos del despacho y el propio articulado del proyecto de constitución denotan el estilo y saber de Diego Alcorta. Las ideas filosóficas y políticas de Alcorta se hallan expuestas en su "Curso de Filosofía" publicado por Paul Groussac en *Anales de la Biblioteca*, T. II, Buenos Aires, 1902, p. 1-180..

ningún modo ofendan *al orden y a la moral pública*, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados". O sea, se sustituyó la frase "a la moral y al orden público" por la locución "al orden y a la moral pública", con lo cual se corrigió una impropiedad filosófica, porque es imposible someter al juzgamiento de los magistrados la infracción de todas las leyes morales, pues éstas rigen, según ya advertimos, los actos humanos tanto internos como externos, mientras que sólo es posible poner bajo la jurisdicción de los magistrados la violación de la moral referida a las acciones públicas de los hombres, es decir, a aquellas que pueden desordenar la pacífica convivencia de la población. La redacción final del artículo 19 tuvo que haber expresado fielmente la idea del General Ferré, no sólo porque en la sesión del 1 de mayo aceptó la redacción propuesta, sino también porque Ferré poseía ideas constitucionales sólidas abrevadas en la ciencia política clásica15.

8. La Convención revisora de la Provincia de Buenos Aires de 1860 dejó

15 El General Pedro Ferré ha sido, en el Congreso Constituyente de Santa Fe, el miembro más idóneo en la excelsa ciencia de constituir la comunidad o renovarla o reformarla, que por cierto no es un saber exclusivamente *a priori*, sino en gran parte experimental, y la más fructífera experiencia es la propia, que Ferré poseía en grado sumo.

En el proyecto de tratado presentado por Ferré en la reunión de las provincias del litoral, en 1830, están dados los principios de derecho económico federal que consagró la Constitución de 1853 y cuya impo-sición por el Acuerdo de San Nicolás de los Arroyos fue realmente la base de la organización nacional.

Como gobernante, como legislador constituyente de Corrientes y sobre todo en su polémica con el gobierno y la prensa de Buenos Aires sobre las aplicaciones del pacto federal de 1831, expuso ideas que aparecen hasta expresadas con idénticas palabras en el informe de la Comisión de negocios cons-titucionales, presentando el proyecto de Constitución al Congreso de Santa Fe. Siendo Ferré miembro de esta Comisión, resulta legítimo abonar la afirmación de Nicolás Calvo, colega de Ferré en el Senado de la Confederación, cuando polemizando con Vélez Sársfield en 1860 afirmó que Ferré era uno de los autores de la Constitución de 1853. (Cfr. N. A. Calvo, *Proyecto del círculo exclusivo para disolver la Con-federación Argentina,* Buenos Aires, 1860, p. 16). Concordantemente, otro contemporáneo, el Ministro Derqui del Presidente Urquiza, le decía en 1855 que nadie como él estaba "tan embebido" del "espíritu" de los preceptos políticos económicos de la Constitución. (Cfi. Carlos María Saravia, *Brigadier Pedro Ferré,* Buenos Aires, 1935, p. 45).

El admirable libro de Justo Díaz de Vivar (*Las luchas por el federalismo*, Buenos Aires, 1936) presenta con fidelidad la extraordinaria acción política de Ferré enderezada a organizar el país bajo la forma de Estado federal y no de Confederación, que era un tapujo de los intereses porteños para conservar el manejo exclusivo de las rentas de la aduana de Buenos Aires.

No correspondiendo exponer las ideas filosóficas políticas de Ferré, ya que rebasa el tema de este estu-dio, nos limitaremos a indicar en dónde se encuentran

formuladas: Carta de Pedro Ferré a Fray Manuel Marinas, Corrientes, en Junio 15 de 1826, publicada por Manuel V. Figuerero, *Bibliografía de la Imprenta del Estado de Corrientes,* Buenos Aires, 1919, p. 20; “Informe que el Diputada por la Provincia de Co-rrientes pasa a su Gobierno”, del 13 de Agosto de 1830, en: *Memoria del Brigadier General Pedro Ferré*, Buenos Aires, 1921, p. 364-380; “Circular del Sr. Ferré a los Gobiernos del Interior”, Corrientes, Abril 13 de 1832, en: *Colección de Documentos relativos a las especies vertidas contra la benemérita provincia de Buenos Aires y su gobierno por los SS Ferré, Marin y Leiva,* Buenos Aires, Imprenta de la Indepen-dencia, 1832, p. 49-56; “Cuestiones Nacionales” / “Contestación al Lucero, a los falsos y peligrosos principios en descubierto” / “Con la refutación a los autores escondidos bajo el titulo de Cosmopolita y Porteño” / “Por el Gobierno de Corrientes” / “Imprenta del Estado 1832 y 1833; Congreso Constituyente de 1838” / “Actas de sus Sesiones”, en: Hernán F. Gómez, *Bases del Derecho Público Correntino*, Co-rrientes, 1926, T. I, p. 101-170; “Mensaje al Honorable Congreso General Constituyente de la Provincia de Corrientes”, Diciembre 22 de 1840, en: *Contestación del H. C. G. C. al Mensaje del P. E. o bien los considerandos de las leyes que lo acompañan y demás piezas oficiales que han tenido lugar a mérito de ella,* Diciembre de 1840, Imprenta del Estado, P. 11-28.

intacto el artículo 19 de la Constitución de 1853. Empero, como la Con-vención Nacional de 1860, en el acto de intercalar y ordenar en el texto de la Constitución de 1853 las reformas por ella aprobadas, sustituyó en todo su articulado la palabra “Confederación” por “Nación”16, el artícu-lo 19 quedó redactado finalmente de la siguiente guisa: “Las acciones privadas de los hombres, que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los Magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Hemos concluido, pues, con el proceso formativo de la norma constitu-cional que ahora someteremos a su análisis científico.

II Análisis científico del artículo 19 de la Constitución nacional

9. Según acabamos de ver, el artículo 19 de la Constitución nacional legisla explícitamente sobre “las acciones privadas de los hombres”, que las declara exentas de la autoridad del Estado, y sobre las “acciones

16 Vélez Sársfield realizó esa sustitución, pues fue el redactor del texto constitucional coordenado con las reformas de 1860, según lo revela Sarmiento en carta escrita desde Santa Fe el 23 de septiembre, o sea, el mismo día en que la Convención Nacional *ad hoc* aprobó dichas reformas. (Cfr. Universidad Nacional de La Plata, *La Reforma Constitucional de 1860 | Textos y documentos fundamentales*, La Plata, 1961, p. 562). De este modo, Vélez Sársfield logró imponer, al fin, su

correcta apreciación jurídica acerca del uso impropio del vocablo “confederación” para llamar a la República Argentina después de organizada por la Constitución Federal de 1853. Esta estimación jurídica la expuso en la Convención revisora de Buenos Aires con las siguientes palabras: “Equivocaríamos, Sres., 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. Confederación Germánica, Confederación Helvética; y cuando los Estados reunidos se llamaban Confe-deración, no formaban o no tenían poderes nacionales que hiciesen de esos pueblos una nación”. (*Diario de Sesiones de la Convención del Estado de Buenos Aires encargada del examen de la Constitución Federal*, Buenos Aires, Imp. del “Comercio del Plata”, 1860, p. 322). El nuevo texto constitucional prepa-rado por Vélez Sársfield, con las modificaciones, sustituciones y agregados intercalados, fue aprobado en la última sesión de la Convención Nacional *ad hoc* de Santa Fe, el 25 de septiembre de 1860. En esa misma sesión, la Convención ordenó el envío, a los gobiernos nacional y de la provincia de Buenos Aires, del nuevo texto “a los efectos del artículo 9º del Convenio del 6 de junio del presente año”, es decir, para su promulgación y juramento. El Presidente Derqui, por decreto del 1º de octubre, mandó publicar el documento recibido de la Convención, formado por el texto de la Constitución de 1853, por el códice de las reformas aprobadas en dicho Congreso y por el nuevo texto constitucional ordenado. (*Constitución de la Nación Argentina*, Paraná, Imprenta Nacional, Calle de Monte Caseros núm. 35, 1860).

El texto ordenado de la Constitución, aprobado por la Convención Nacional *ad hoc* de 1860, no fue transcripto en el acta de la sesión final del 25 de septiembre, porque el convencional Rufino de Elizalde propuso que dicho texto no se “leyese..., puesto que, además de la copia prolija y exacta hecha por los Secretarios, tres miembros de la Comisión la habían revisado y hallándola sin error; y que lo único que debía leerse era la parte final de ella, disponiendo que se obedezca y cumpla en todo el territorio de la Nación”. Esta omisión deliberada ha hecho pensar, sin embargo, equivocadamente, que la sustitución de “confederación” por “nación” en el texto constitucional fue ejecutada subrepticiamente en el acto de su publicación. (Cfr. Discursos de los senadores Eduardo Madariaga y Diego Luis Molinari. *Diario de Sesiones* de la Cámara de Senadores de la Nación, año 1949, T. I, p. 22; 341-355).

públicas”17, que las pone, en cambio, bajo esa potestad. A estas últimas acciones las define como aquellas cuyos efectos de algún modo atañen al orden, a la moral pública y a terceros.

Ahora bien, como dichas dos especies de acciones pertenecen al géne-ro de las acciones libres de los hombres, no se las puede comprender sino se parte conceptuando a estas últimas. Pero también es necesario distinguir las acciones

libres interiores o inmanentes y las acciones libres exteriores o transitivas, porque, según veremos más adelante, las “accio-nes privadas” que contempla la Constitución abarcan, en primer término, todas las acciones interiores y, además, las acciones exteriores que no sean públicas, vale decir, que no caigan bajo el imperio de la virtud de justicia y, por ende, de la potestad legislativa del Estado.
También el artículo 19 viene a reconocer implícitamente la vigencia de las leyes naturales de la moral que reglan los actos libres de los hombres, porque cuando reserva a Dios el juicio sobre la bondad o malicia de actos humanos, acepta, evidentemente, que tal juzgamiento se hace en base a normas instituidas por Dios, porque la entidad que dicta un orden es también quien pena y premia la conducta de los sujetos a ese orden.
Por otra parte, cuando el artículo 19 demarca las acciones humanas que son la materia de la potestad legislativa del Estado, distingue y caracte-riza, implícitamente, dentro del orden moral, el orden jurídico puesto por el Estado.
Por último, debemos fijar el alcance con que el artículo 19 utiliza el vo-cablo “ley” cuando establece que sólo mediante este tipo de precepto estatal se pueden reglar las acciones públicas de los hombres.
Pues bien, guardando el orden arriba enunciado, ahora ahondaremos cuanto podamos los temas contenidos en el artículo 19 de la Constitu-ción nacional.
10. Según expresamos antes, cuando el artículo de referencia trata de las “acciones de los hombres” está aludiendo a las acciones libres que son las específicamente humanas, pues, para producirlas, se precisa de la voluntad y de la inteligencia, que sólo las posee el hombre entre to-dos los animales. Por tanto, las acciones de que trata nuestro precepto constitucional son los actos que proceden de una decisión de la voluntad esclarecida por la inteligencia, es decir, por el conocimiento intelectual del fin que el operante se propone alcanzar con ese acto18.
17“La potestad legislativa (es) la facultad de hacer Leyes que sirvan de norma y regla a los Individuos del Estado para sus actos exteriores y públicos”. Antonio Sáenz, *Instituciones elementales sobre el Derecho Natural y de Gentes*, p. 80.
18 Cfr. Andrea Oddone S. J., *Teoria degli atti umani / Pro Manuscripto per la Facoltá di Giurisprudenza*, Milano, 1931, p. 11-97; H. D. Noble, “L’Action volontaire”, en: *Mélanges Thomistes*, publicado en oca-

Pero esta posibilidad irrenunciable de elegir una determinada conducta ante la necesidad de obrar, que es el vivir del hombre, le acarrea la responsabilidad de cómo se conduce, porque ese componente suyo le ha sido dado para que él contribuya a la creación de su propio ser. En otras palabras: la libertad es un constitutivo del hombre en cuanto ser abierto a la necesidad de realizar su vida, de lograr el perfeccionamiento de su propia naturaleza específica, que es donde reside

la felicidad, buscada irresistiblemente por él a través de todas sus acciones individuales y sociales19.
De lo expuesto se sigue, entonces, que son buenas las acciones libres ordenadas a este fin y malas las desordenadas.
Por consiguiente, desde que hay una diferencia intrínseca entre el bien y el mal de las acciones humanas, existe una moralidad objetiva. Esta moralidad reconoce como regla suprema y remota a las leyes eternas de Dios, porque, en cuanto Creador de todos los seres, también lo es de las leyes que impulsan a esos seres a sus respectivos fines. La regla próxima de esta moralidad es el recto juicio de la razón, mediante el cual el hombre no sólo descubre en su alma los principios universales que di-rigen la conducta y la obligación de cumplirlos, sino también aplica estos principios generales a los casos particulares20.
Ahora bien, como en la naturaleza no hay acción sin reacción, el que se insurrecciona contra un orden constituido padece por ello, y quien se ajusta a ese orden atrae sus beneficios. Esta ley de reacción es una ley protectora del orden de los seres individuales y también del orden de los conjuntos. Por eso, si se acciona ordenada o desordenadamente en un cuerpo social, la autoridad, que representa la unidad del grupo, reacciona, respectivamente, bajo las formas de penalidades o premios. Si se acciona en la universalidad de los seres, donde la moral regla los actos humanos, hay reacciones parciales, porque el orden universal comprende los órdenes parciales sin suprimirlos, pero la reacción suprema está reservada al jefe del orden universal y supremo, que es Dios21. Verbigracia, si alguien intencionalmente mata a otro durante la práctica de un deporte en un club, la autoridad del club lo sanciona por violar el reglamento de

sión del IVº centenario de la canonización de Santo Tomás de Aquino, París, 1934, p. 275-288.

19 Cfr. J. A. Ramírez, *De Hominis Beatitudine*, T. I, Salamanca, 1942 ; T. II, Madrid, 1943 ; T. III, Madrid, 1947 ; N. Kaufmann, “La finalité dans l’ordre moral / Étude sur la téléologie dans l’Éthique et la Politique d’Aristote et de Saint Thomas”, en : *Revue néo-scolastique de Philosophie*, T. VI (1899), p. 220-299.

20 Cfr. Octavio Nicolás Derisi, *Los fundamentos metafísicos del orden moral*, 2º ed., Madrid, 1955, p. 391-428; Lorenzo Paolo Ferrari, *I fondamenti della morale e del diritto*, Genova, 1899, p. 38-70.

21 Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol*., I-II q. 21 a. 3; *Sum. c. Gent* lib. III, cap. CXL; Luigi Taparelli,

Sággio teoretico di Diritto Naturale appoggiato sul fatto, par. 134-135; A. D. Sertillanges, *La philosophie morale de Saint Thomas d’Aquin*, París, 1922, ch. XVII, par. 9.

juego, los magistrados lo penan por infringir el código penal, la conciencia que preside el orden interior del nombre reacciona por el remordimiento y, finalmente, Dios lo juzgará por quebrantar el orden moral.

Obsérvese que cuando el artículo 19 de nuestra Constitución afirma la existencia de una moralidad intrínseca de las acciones libres de los hombres –moralidad, con la cual, lógicamente, debe coincidir la legalidad dictada por el poder político respecto a esos mismos actos–, descarta de plano la concepción totalitaria del Estado, definida mejor que nadie, por Hobbes en el siguiente párrafo: “la regla del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto, de lo honesto y deshonesto, son las leyes civiles y, por tanto, debe estimarse como bueno aquello que el legislador ha ordenado22. O sea, el Estado totalitario, que radicalmente disiente con nuestro precepto constitucional, es la organización política que somete a todo el ser humano al arbitrio absoluto del Estado, ya que niega una moral natural reglante de los actos humanos23. Antes de proseguir cabe formular aquí una doble digresión aclaratoria. Primero, no debe confundirse el Estado totalitario con el tirano, que es el gobernante que, no obstante estar sometido a un orden jurídico racional, ejerce el poder haciendo caso omiso tanto de ese orden jurídico como del orden moral24. Segundo, tampoco debe confundirse al tirano con el gobernante que accidentalmente deja de lado una norma del derecho positivo para aplicar, en su reemplazo, la suprema

22 Thom. Hobbes, *Elementa philosophica de Cive*, cap. XII, I (Amsterodami apud Ludovicum Elzevirium, Anno 1647, p. 190). Sobre la concepción totalitaria del Estado en Hobbes, cfr. H. Schelsky, *Die Totalität des States bei Hobbes*, en: Archiv für Rechts, und Sozial philosophie, t. XXXI (1938), p. 176-201; J. Via-latoux, *La Cité de Hobbes théorie de l’Etat totalitaire*, París, 1935; Carl Schmitt, *El Leviathan (En la teoría del Estado de Tomás Hobbes*), trad. de Francisco Javier Conde, Madrid, 1941.

23 Mussolini, con su célebre fórmula “tutto nello Stato, niente contro lo Stato, nulla al di fuori dello Stato” (*Scritti e Discorsi*, Hoepii editore, vol. VI, p. 76) originó el nombre de totalitarismo para denominar a ese tipo de Estado. Pero, en realidad de verdad, la concepción totalitaria del Estado fue enunciada tem-pranamente por los Sofistas, quienes, polemizando con Sócrates, afirmaban, por boca de Trasímaco, que “justo es aquel que obra de conformidad a la ley y la ley es sancionada a la guisa del interés de los poderosos”, agregando, por medio de Cábeles, que la concepción de una moralidad objetiva, dictada por la divinidad, es una astuta invención de los poderosos para reforzar coherentemente la obediencia de sus leyes. Cfr. Adof Menzel, *Kallikles / Eine Etudie zur Geschichte der Lehre vom Rechte des Stárkeren*, Wien und Leipzig, 1923; Mario Untersteiner, *I Sofisti*, Torino, 1949. p. 385-420

24 En Grecia, originariamente, la palabra “tyrannos” era sinónima de “basileus” (rey), pero con Platón adquiere el significado de gobernante injusto. (Cfr. Benedikt Giger, *Der Tyrann / Werden und Wesen des tyrannischen Menschen und des Staatstyrannen / Eine Darstellung aus Werken Platons*, Calendria, 1940; Hugo Perls, “Le tyran d’après Platon”, en: Les œuvres nouvelles, Éditions de la Maison Française, New York, 1946, p. 11-147). Entre los romanos, la palabra significaba

una injuria lanzada contra los que abusaban del poder; en efecto, los filósofos moralistas distinguían entre “rex” y “tyrannus”: el primero re-presentaba al gobernante justo, dominador de sus pasiones, el segundo, al gobernante injusto, esclavo de ellas. (Cfr. J. Beranger, “Tyrannus / Notes sur la notion de tyran chez les Romains”, Extrait de la *Revue des études latines* T. XIII, París, 1935).
A partir de la alta edad media y hasta después del Renacimiento, la doctrina jurídica distinguía entre “tirano por ejercicio ilegítimo del poder” (*tirannis ex parte exercitii*) y “tirano por el origen ilegítimo del título con que ejerce el poder” (*tirannis ex defectu tituli*), siendo el primero el gobernante injusto y el otro lo que a partir de Grocio se llama gobernante *de facto.* (Cfr. Francesco Ercole, *Sulle fonti e sul contenuto della distinzione fra tirannia “ex defectu tituli” e tirannia “exercitio”*, Firenze, 1912).

ley de la justicia general, que es salvar al país; este gobernante, por ende, a diferencia del tirano, no viola sino afirma el orden de lo justo natural25. 11. Al retomar nuestro tema principal, partimos recordando algo que ya adelantamos, a saber: que entre los actos libres hay que distinguir los actos exteriores y los actos interiores. Pues bien, las acciones exteriores se caracterizan porque rematan con un acto de la potencia motriz del operante, y estas acciones exteriores son “sociales” cuando relacionan al sujeto operante con otro sujeto, pudiendo ser este otro sujeto un indi-viduo, varios o la sociedad entera. Por tanto, el acto exterior está com-puesto, por una parte, de una manifestación del cuerpo y, por otra, de una decisión de la inteligencia y la voluntad; de esta interioridad directriz –repetimos– le viene al acto externo su calidad de humano y moral.
En vez, los actos que por su naturaleza no transcienden a una relación y, por consiguiente, cuyos efectos quedan en la inmanencia del operante, son los actos completamente internos, que tienen por principio una fa-cultad del alma, cognoscitiva o afectiva. Lógicamente, los actos internos no caen bajo la regulación del Estado, pues el hombre, que como titular del poder político es el autor de las leyes positivas, está impedido, prime-ro, naturalmente de mandar sobre esos actos y, segundo, moralmente. Primero, está impedido naturalmente porque el hombre sólo percibe las cosas que aparecen al exterior, y únicamente los actos externos se ma-nifiestan por signos sensibles, por lo cual, si el legislador mandara sobre aquellos actos, no sabría si es obedecido y, en consecuencia, no podría juzgar el comportamiento de los destinatarios de sus órdenes. Segundo, el Estado no debe reglar esos actos porque su potestad legislativa tien-de exclusivamente a la paz y honestidad exterior de los miembros de la comunidad, con las cuales no se vinculan los que se consuman en el in-terior del ser humano. Lo que no significa que la ley del Estado no ordene indirectamente a actos interiores del entendimiento y de la

voluntad en cuanto están unidos a actos exteriores mandados o prohibidos, y tampoco que no juzgue, a través de manifestaciones sensibles, el grado de malicia o bondad internas del acto humano exterior, verbigracia, cuando considera la premeditación como agravante de un homicidio o la buena fe para conceder efectos especiales a determinados actos sociales.

Si el artículo 19 de la Constitución Nacional caracteriza, entonces, como "acciones privadas de los hombres" a las "exentas de la autoridad de los magistrados y sólo reservadas a Dios", los actos humanos interiores cons-tituyen, en primer término, ese género de acciones. Consecuentemente,

25 Cfr. Cicerón, *De Legibus*, lib. III, 8; Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theo*l. I-II, q. 96 a. 6; Tomás Cam-panella, *Politica in Aphorismos Digesta*, cap. V, nº 6-7.

el precitado artículo prohíbe la ingerencia del Estado en el fuero interno de los gobernados. Esto que acabamos de expresar lo tiene resuelto la Corte Suprema de la Nación en los siguientes términos: "Es cierto que las acciones privadas –dice nuestro alto Tribunal– están reservadas a Dios", pero "el precepto del artículo 19 es todavía más exacto cuando trata de las ideas que no se exteriorizan en acciones". De tal suerte, que si se tratase de caracterizar delitos subversivos del orden social, resulta evidente –agrega la Corte– que aquellos sólo podrían "tomar sus formas en la hipótesis de que las ideologías que los sustentan se tradujeran en hechos o en actividades"26.

12. Antes mostramos que la moral está formada por las leyes emergen-tes de la intrínseca propensión a su perfeccionamiento que posee la na-turaleza específica del hombre. Bien, obrar de modo estable conforme a esas leyes constituye la virtud: *virtus* es la calidad perfectiva de *vir*, que significa "hombre". Por tanto, podemos decir que prístinamente el voca-blo "virtud" equivale a "hombredad". En efecto, quien habitualmente se comporta con virtud u hombredad se ha completado como ser humano. La constante adecuación del obrar interpersonal con las normas morales constituyen las *virtudes sociales*. Siempre las relaciones de los hombres tienen por objeto dar a otro o recibir de otro un bien, entendiendo por "bien" lo que es capaz de satisfacer una necesidad o un deseo humanos. De donde se concluye, entonces, que toda virtud social implica un débi-to, esto es, la obligación de dar algo a otro.

Ahora bien, hay virtudes que establecen débitos obligatorios pero sin exi-gir igualdad, ya que la magnitud y calidad de lo dado por un acreedor de superior naturaleza o condición impiden al deudor compensar con equi-valencia lo recibido, cual es el caso del hijo que no puede dar el ser a los padres como en cambio él lo recibió de ellos. Cabe añadir: cuando el dé-bito es obligatorio, su cumplimiento es

necesario a la virtud del agente.
Al contrario, hay débitos morales cuyo cumplimiento no es indispensa-ble a la conservación de la virtud del agente, sino necesario a su mayor perfección, verbigracia, cuando alguien se da al prójimo en razón de la virtud de afabilidad o le da un bien exterior suyo movido por la virtud de liberalidad.
Por último, hay débitos morales obligatorios y que deben ser cumplidos imperativamente con igualdad, pues la relación interpersonal se trabó como contracambio de bienes equivalentes; esta virtud social se deno-mina “justicia”. En la práctica de la justicia, entonces, a diferencia de lo

26 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, 171:103.

que acontece con las demás virtudes relativas al prójimo, hay necesidad de cumplir con el débito y también hay necesidad de medir con la especie pertinente de igualdad el objeto de ese débito. Repárese en que el acto de justicia comprende una doble rectitud: una rectitud subjetiva o racio-nal, que es lo que lo define como virtud moral, consistente en la voluntad de dar efectivamente a otro lo que le pertenece, y una rectitud objetiva o real determinante de la igualdad entre las cosas o las personas del con-tracambio; en tanto que en todas las demás virtudes no se califica algo de recto sino en atención exclusiva a cómo el agente lo hace, o sea, en relación al propio sujeto virtuoso27.
En sustancia, conforme a la definición de Ulpiano, traída de la filosofía griega28 y hecha suya por Santo Tomás de Aquino29, la justicia es la vo-luntad constante y perpetua de dar a cada uno lo suyo30. Significando *lo suyo* no sólo los bienes externos del sujeto y el producto o valor de su ac-tividad laboratriz, sino también lo inherente a su integridad física y al libre desarrollo de su personalidad31; de donde resulta que lo objetivamente “suyo” del sujeto constituye lo que ahora llamamos “derechos naturales subjetivos” o simplemente “derechos humanos”32.
El mismo sentido de la idea de justicia que acabamos de ver tiene la otra célebre definición de Ulpiano; nos referimos a su afirmación de que “los principios del derecho son vivir honestamente, no dañar a otro y dar a cada uno lo suyo”, porque la honestidad de la vida social consiste en no dañar a otro, concediéndosele a este otro lo que le pertenece33.
Bien; después de lo expuesto, queda claro que la virtud de justicia es imprescindible para que haya orden entre los hombres y también virtudes rigurosamente altruistas, ya que, por ejemplo, el acto de liberalidad debe fundarse sobre un acto de justicia, pues no sería liberal la acción de dar si no diese de lo suyo, ni sería magnánimo el acto de grandeza de ánimo que no se sobreañadiera a un acto de justicia. Por otra parte, la justicia es una virtud practicable por la generalidad de la

gente, puesto que no impone desprenderse de algo propio en beneficio del prójimo, sino que

27 Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol*. I-II q. 64 a. 2; II-II q. 58 a. 10 ad. 1; Joannis a Sancto Thoma O. P., *Cursus Theologicus, Isagoge ad D. Thomae Theologiam, De Justitia ipsa*, ed. Desclée et socii, Parisiis, 1931, T. I, p. 187.

28 Cfr. P. W. Kamphiusen, "L'influence de la philosophie sur la conception du droit naturel chez les juris-consultes romains", en: *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1932, p. 389-412.

29 Cfr. Jean-Marie Aubert, *Le droit romain dans l'œuvre de Saint Thomas*, París, 1955, p. 89.

30 Félix Senn, *De la justice et du droit / Explication de la définition traditionnelle de la justice*, París, 1927, p. 1-17.

31 Cfr. Juan Zaragüeta y Bengochea, "El concepto de 'lo suyo' en la definición de la justicia", en: *Misce-llanea Vermeersch*, Roma, 1935, vol. II, p. 203-228.

32 Cfr. Lotus Lachance O. P., *Le droit et les droits de l'homme*, París, 1959, p. 104-170.

33Cfr. Giuseppe Capograssi, "Honestere vivere", en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno IV, Oct.-Dic., 1926, fasc. IV, p. 558-565.

se reduce a exigir cierta equivalencia cuando alguien da algo suyo a cam-bio de un bien recibido de otro. Debido a estas cosas es que el legislador ordena el cumplimiento de determinadas obligaciones provenientes de la virtud de justicia y, en su defecto, las manda imponer coercitivamente.

Por consiguiente, el derecho positivo es la parte de la moral que regla con igualdad imperativa los cambios de bienes entre los particulares o entre la sociedad y los particulares, y que el legislador hace obligato-ria y potencialmente coercitiva cuando lo estima necesario al bien de la comunidad34. Pero esta conversión de lo justo natural en justo legal no comprende la totalidad de la materia de la ley positiva, porque a veces el Estado también prescribe actos que de suyo son indiferentes ante lo justo natural, pero que una vez ordenados constituyen lo justo, y no cum-plirlos, lo injusto, como es el caso de una ley disponiendo que los vehícu-los transiten por la banda derecha y no por la izquierda de los caminos, porque marchar por una sola mano es indispensable al orden del tránsito, pero hacerlo por la izquierda o la derecha es de suyo indiferente ante lo justo natural35. Obsérvese que en estas situaciones excepcionales, el débito moral dimana del débito legal, mientras que en la materia común y universal del derecho positivo, el débito moral antecede al débito legal36. En este lugar intercalaremos otra advertencia. La virtud de justicia es ne-cesaria pero no suficiente para la buena vida en común de los hombres: sin afabilidad o amistad, sin amor o caridad social la convivencia resulta

34Cfr. François Charriére, "Le droit naturel est-ce un droit?", en : *Nova et Vetera* /

Revue Catholique pour la Suisse Romande, Fribourg, 1945, p. 307-308.
35 Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol*. II-II q. 60 a. 5 ad. 1; In V Ethic., lect. XII, n. 1020; Santiago Ramírez, *El Derecho de Gentes*, Madrid-Buenos Aires, 1955, p. 75, 96, 122.
36 Dejamos resumido lo expresado hasta esta altura del parágrafo 12 del texto en el siguiente cuadro sinóptico:

Débito
de las
virtudes
sociales

Débito moral necesario a la virtud del agente.
Débito proveniente de acto de suyo indiferente al débito moral (materia propia del derecho positivo).
Débito moral obligatorio e igualdad imperativa en los objetos del contracambio (virtud de justicia).
Débito moral obligatorio pero sin igualdad imperativa entre el débito y el crédito.

Débito legal o derecho positivo

Débito moral perfectivo de la virtud del agente.

una relación tensa, inanimada y lábil. No hacer legalmente obligatorias las virtudes sociales rigurosamente altruistas, porque el nivel de virtud de la gente y la insuficiente producción de los bienes de consumo humano todavía no lo toleran, no importa que el Estado deje de utilizar todos los medios de persuasión a su alcance, principalmente la educación, para infundir el hábito de esas otras virtudes relacionadas con el prójimo37.

Pues bien, cuando el artículo 19 establece, de rechazo, que las acciones de los hombres que de algún modo ofendan al orden o a la moral pú-blica o perjudiquen a un tercero están sometidas a “la autoridad de los magistrados”, resuelve, conforme a los principios de la filosofía clásica antes enunciados, que sólo los actos externos materia de la virtud de justicia caen bajo la potestad legislativa del Estado. Abonaremos este aserto desentrañando el sentido del tríptico de preceptos que encierra el precitado artículo cuando determina, según acabamos de ver, el objeto de las leyes humanas.

Orden es la disposición de las partes en el interior de un todo; conse-cuentemente, para que el orden social no sea ofendido, el legislador debe reglar la actividad externa de los sujetos enderezada a cambiar bienes de uso humano, de modo que cada uno actúe respetando los derechos de los otros38.

Si se considera que el adjetivo *publicus*, esto es, *populicus*, denota la cualidad de pertenecer a un *populus*, es decir, a una muchedumbre de hombres organizada en un orden, resulta lógico inferir que la expresión constitucional “moral pública” significa la parte de la moral que regla las acciones referentes al orden de la comunidad, y sabemos que la justicia es la virtud que causa y conserva ese orden, por lo que Aristóteles afirma que “la justicia es cosa de la *polis*, porque la justicia es el orden político”39.

“No perjudicar a un tercero” es la definición de acción justa dada por Aristóteles40 y que Ulpiano, según ya quedó advertido, recogió en su definición del derecho con la tajante locución: *alterum non laedere*.

Por tanto, el primer precepto de la parte proemial del artículo 19, a saber,

37 Cfr. Giorgio del Vecchio, *L’“homo juridicus” e l’insufficienza del diritto como regola della vita*, Roma, 1936; “Integrazione morale del diritto”, en *Rivista Internazionale di Filosofía del Diritto*, Anno XXV, Serie III, Genn.-Giug., 1948, Fase. MI, p. 187-188; Teófilo Urdanoz O. P., “Caridad social, alma y complemento del orden social”, en: *Sapientia,* nº 63, Buenos Aires, 1962, 7-36.

38 Cfr. J. A. Ramírez O. P., *Di Ordine placita quaedam thomistica*, Salamanca, 1963, p. 218-219 ; Aimé Forest, “Ordre et Valeur”, en: *Actes du IIIº Congrès des Sociétés de Philosophie de langue française*, Bruxelles-Louvain, 1947, p. 87-92; Alessandro Levi, “L’ordre public comme but essentiel de tout ordre juridique”, en: *Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie juridique*, T. III París, 1938, p. 66-74.

39 *Política* 1253 a. 37.

40 *Etica nicornaquea* 136 a. 30.

“no ofender el orden” cuando los hombres entre sí o los hombres y la sociedad contracambian bienes, lleva incoado los otros dos preceptos, porque no quebrantar la moral de los actos humanos públicos y no per-judicar a un tercero es proceder conforme a la justicia, virtud mediante la cual se causa y mantiene aquel orden.

En conclusión, averiguado que el artículo 19 de la Constitución nacional fija como materia de la potestad legislativa del Estado a los actos hu-manos objeto de la virtud de justicia, se deduce que dicha disposición considera “acciones privadas de los hombres” no sólo a las acciones in-teriores, sino también a las exteriores que no sean actos de justicia, pues en los casos que la ley manda alguna cosa de las otras virtudes lo hace siempre considerándola bajo la razón de justicia41. Verbigracia, cuando el código penal prohíbe la exhibición pública de figuras obscenas, no busca con ello moderación en la temperancia individual, sino impedir que se dañe a otro por medio del adulterio y los demás delitos sexuales, lo mismo que cuando el código de justicia militar ordena la fortaleza no es para repeler privadamente las injurias sino para cumplir con el precepto de la justicia general de defender a la patria que impone el artículo 22 de la Constitución nacional.

13. Indicábamos al principio que el artículo 19 distingue un orden moral natural y un orden jurídico positivo reglantes de las acciones humanas, pues, como a algunas de estas acciones que denomina “privadas” las reserva al solo juzgamiento de Dios, y a otras llamadas “públicas” las somete al juicio de los magistrados del Estado, y como a la entidad que establece un orden le corresponde juzgar las violaciones a ese orden, forzoso era concluir que la Constitución reconoce un orden de conducta instituido por Dios y otro instituido por el Estado. Ahora conceptuaremos las notas distintivas de estos dos órdenes, implícitamente señaladas en el artículo constitucional de referencia, y también extraeremos conclusiones prácticas de la jerarquía existente entre ambos órdenes. Pero para cum-plir estos propósitos debemos antes recapitular lo ya dicho acerca de la justicia, de su diferencia con las demás virtudes y, en especial, con las virtudes relativas al prójimo; lo mismo debemos hacer con lo expresado respecto al derecho positivo.

Bien; la virtud de justicia es el hábito de dar a otro lo debido conforme a un criterio de igualdad, y toda virtud tiene por finalidad la perfección mo-ral del agente. En consecuencia, lo que distingue la virtud de justicia de las demás virtudes es la doble rectitud que encierra, puesto que, como

41 Cfr. Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol*. I-II, q. 99 a. 5 ad. 1; q. 100 a. 2; Suárez, *De Legibus*, lib. III, cap. XII, 3; Santiago Ramírez O. P., *Doctrina Política de Santo Tomás*, Madrid, 1951, p. 72.

virtud genérica que es, exige la rectitud racional del agente, pero especí-ficamente requiere también una rectitud externa, pues la igualdad entre lo recibido y lo debido se establece en relación a otro y recae sobre los objetos del contracambio, que tanto pueden ser cosas como actividad de personas.

Con las demás virtudes sociales, la justicia tiene de común referirse al prójimo, pero, como es de su esencia dar a otro lo que le es debido con-forme a una cierta

especie de igualdad, se diferencia de ellas por uno de estos dos conceptos: primero, por no exigir las demás virtudes sociales igualdad entre lo debido y lo recibido, y segundo, por no constituir lo de-bido en estas otras virtudes una deuda rigurosa.
Ahora bien, lo justo legal o derecho positivo surge cuando a ciertos débi-tos morales de la virtud de justicia y a determinadas acciones nativamen-te indiferentes con respecto a la moral, pero ordenables al bien común, el Estado les sobreañade el débito legal, es decir, los hace obligatorios, y coercitivos para la hipótesis de no ser cumplidos.
Recién estamos en situación de precisar la diferencia entre la moral an-gostada a lo justo natural y el derecho positivo. Pues las notas específi-cas del derecho positivo hay que encontrarlas en las diferencias con su género próximo, que es lo justo natural, y no con su género remoto, que es la moral simplemente.
La primera diferencia reside en el débito legal que el Estado adiciona a ciertos débitos morales provenientes de la virtud de justicia y a determi-nados actos de suyo indiferentes frente a lo justo natural, pero que se convierten en justos desde que son exigidos en razón del bien común. Y débito legal significa, como ya lo dijimos, que el legislador hace exter-namente obligatorios y potencialmente coercitivos a esos actos, lo cual significa que en la eventualidad de ser ellos incumplidos, el Estado utiliza la coacción física para hacer efectiva la obligación42.
42 La coacción jurídica es el procedimiento irresistible de los órganos del Estado destinado a llevar a un sujeto al cumplimiento de un acto de justicia legal. La ciencia jurídica moderna, influenciada por Kant, considera la coerción como elemento esencial del derecho positivo (*Cfr. Kant, Anfangsgründe der Rechtslehre, Einleitung in die Rechtslehre,* par. D; ed. Konigsberg ben Friedrich Nicolavius, 1797, p. XXXV).
La doctrina antes referida se fundamenta en una concepción a ultranza pesimista de la naturaleza hu-mana, enunciada en la época moderna por Maquiavelo y Hobbes y aceptada por el propio Kant, que tiene al hombre por radicalmente malo. Si por su naturaleza esencial el hombre estuviera dispuesto para lo malo, lógicamente, la coerción iría entrañada en toda regla de conducta que preceptúe dar a otro lo que le corresponde. Pues, de ser así la cosa, para que el hombre acate voluntariamente esa norma de relación social justa, necesita que ella conlleve un castigo virtual para quien la viole, castigo lo suficien-temente severo para que el deudor considere menos malo cumplir el derecho que transgredirlo, porque obedecerlo también es malo para él.
Empero, lo cierto es que el hombre, según su más profunda y esencial naturaleza, quiere el bien, la felici-dad, y como el obrar sigue a la naturaleza del ser operante, “hacer el bien y evitar el mal” constituye la ley esencial de las acciones humanas, no obstante los requerimientos desordenados de las pasiones. Esto

Si el derecho positivo está configurado por la adición de un débito legal a tipos de débitos morales de la virtud de justicia, forzosamente lo legal debe ser moral, aunque no sucede lo mismo con lo inverso, pues gran parte de la moralidad no está comprendida en la legalidad. De suerte que, si un débito legal contrasta con un débito moral, aquella imposición del legislador no sería derecho, sino un acto de violencia cometido por personas que habrían desnaturalizado el poder que el Estado tiene de reforzar con un débito eventualmente coercible obligaciones emergentes de la virtud de justicia43. Este principio básico de la filosofía jurídica clási-ca ha sido aceptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. En efecto, ha dicho: si el Tribunal aceptara que "la *conducta debida* es la opuesta a la *conducta sancionada* por el derecho", "vendría a incurrir en la aberración esencial de sostener que el derecho obliga a una conducta deshonesta o inmoral"44.

La segunda diferencia entre lo justo natural y el derecho positivo es que este último sólo atiende a la rectitud exterior del acto jurídico, mientras que el acto de justicia apunta, además, según lo dijimos antes, a la recti-tud interior del agente.

14. Para agotar el tratamiento de los temas contenidos en el artículo 19 de la Constitución nacional nos resta precisar el alcance con que en él se utiliza el vocablo "ley" cuando concede exclusivamente al poder político la atribución de preceptuar o prohibir, con irresistible obligatoriedad y mediante normas estatales así denominadas, las acciones públicas de los miembros de la colectividad.

resulta decisivo para considerar que el derecho positivo es, por esencia, una orden *directiva* y recién, para la hipótesis de ser desobedecido, deviene una *orden coactiva*. En suma, para la realización del derecho, la coerción es necesaria por accidente, debido a lo cual, entonces, ella no entra en la esencia del derecho positivo. En otras palabras: la coerción no es de necesidad absoluta sino de necesidad hipotética. Cfr. Gallus M. Manser O. P., *Das Naturrecht in thomistischer Beleuchtung*, Freiburg in der Schweiz, 1944, p. 102-116; Otto Gierke, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, 4º ed., Breslau, 1929, p. 305-320.

Adviértase, además, que si la naturaleza humana fuera mala en sí y, por consiguiente, tendiera al mal, tampoco habría moral natural y justicia natural, pues ¿cómo puede ella resultar la escala de lo bueno y de lo justo? Un derecho justo sería contra natura, no habría más derecho que el derecho positivo y éste sería, esencialmente, una orden coercitiva.

Francisco de Vitoria, contemporáneo de Maquiavelo, refutó esa doctrina en su Relección *De Homicidio* pronunciada el 11 de junio de 1530, y allí mostró la bondad esencial de la creatura humana y cómo sobre ella se asienta el derecho natural. Este mérito de Vitoria pasa generalmente inadvertido, como eclipsado por la glorificación de que se le hace objeto en su calidad de fundador del derecho internacional y de filósofo político.

43 Cfr. Sófocles, *Antígona*, 450-460; Santo Tomás de Aquino, *Sum. Theol*. I-II q. 95 a 2; Francesco Olgiati, *Il concetto di giuricitá in San Tommaso d'Aquino*, 2º ed., Milano, 1944, p. 210-218; Peter Tes-chlender, *Ursprung und Träger der Staatsgewalt nach des hl. Thomas und seiner Schule*, M. Gladbach, 1923, p. 104-112; Albert Mignault O. P., *La resistance aux lois injustes*, Montreal, 1922; Jean Dabin, *La philosophie de l'ordre juridique positif*, París, 1929, p. 668-769; Gustav Radbruch, "Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht", en el volumen del

autor *Der Mensch im Recht*, 2º ed., Göttingen, 1961, p. 111-124.
44 *Fallos de la Corte Suprema de Justicia*, 248:291

La doctrina constitucional moderna formula la distinción entre ley en sentido formal y ley en sentido material. Ley en sentido formal es toda orden dictada por el órgano legislativo de un ente político, y en sentido material es cualquier precepto emanado de una autoridad pública que regle, de modo abstracto y general, una relación jurídica entre particulares o entre particulares y el poder político o entre dependencias del poder político45. A este respecto, corresponde aclarar que la Corte Suprema de la Nación ha consagrado esta distinción dentro del texto de nuestro estatuto fundamental46.

Efectivamente, en primer término, nuestra Constitución usa la palabra "ley" para referirse a un grupo de decisiones que sólo el Congreso de la Nación o las Legislaturas provinciales pueden dictar, por lo que entonces tenemos leyes nacionales y provinciales en sentido formal. En segundo lugar, con el mismo vocablo llama a cualquier norma jurídica emanada de autoridad competente nacional o provincial, con lo cual también tenemos leyes nacionales y provinciales en sentido material. Además, como insti-tuye el gobierno municipal y es propio de toda autoridad pública dictar, en la órbita de su competencia, reglas de comportamiento social, tenemos normas jurídicas municipales que encajan en la conceptuación genérica de leyes municipales en sentido formal y en sentido material47.

45 El vocablo *lex* tenía ya entre los romanos un sentido formal y otro material. En efecto, en algunos períodos significó la norma jurídica sancionada por el órgano que cumplía la función legislativa, sea la asamblea comicial, el Emperador o el Senado; en otros, significó un precepto general dictado por cual-quier órgano del poder político (Cfr. M. E. Peterlongo, "'Lex' nel diritto romano-clásico e nella legislazione giustinianea", en: *Studi in memoria di Roberto Michels*, Pádova, 1937, p. 277-313).

En la edad media y en la época moderna hasta fines del siglo XVIII, ley significó toda norma jurídica dicta-da por una autoridad competente, o sea, se utilizaba el término en sentido material (Cfr. Giorgio La Pira, "Il concetto di legge secondo San Tommaso", en: *Rivista di Filosofia neo-scolástica*, Anno XXII, 1930, fasc. III-IV, p. 208-217; Carlo Curcio, "Il concetto di legge nel pensiero italiano del secolo XVI", en: *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto*, Anno VI, 1926, fasc. III, p. 387-398).

A partir de la Revolución francesa y del constitucionalismo que ella animó, volvióse a la acepción dual del término *ley*, aunque los sostenedores de "la ley expresión de la voluntad general" pretendían entregar el monopolio de la creación de normas jurídicas a los "representantes del pueblo", esto es, al órgano legis-lativo del Estado. Empero, en todas las Constituciones modernas aparece el vocablo con los dos senti-dos, aunque predominando el formal, porque en esos textos subsiste el

propósito político de concentrar en las leyes a todas las normas jurídicas y la función creadora del derecho positivo en el Parlamento. No obstante, el creciente intervencionismo estatal del siglo XX viene pluralizando la función legislativa entre organismos estatales y paraestatales. El tema de la distinción de ambos conceptos de ley y el sentido de puja política que esa distinción encierra fue motivo de una exhaustiva discusión entre los profesores alemanes de derecho público, reunidos en Munich en 1927 y en donde fueron relatores Hermann Heller y Max Wenzel (Cfr. "Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung", en: *Veröffentlichungen der Vereini-gung der Deutschen Staatsrechtslehre*r, Heft 4, 1928. Para el aspecto dogmático jurídico de la distinción, cfr. Donato Donati, "7 caratteri della leggi in senso materiale", en: *Rivista di Diritto Pubblico*, 1910, T. I, p. 289-327; Gustavo Ingrosso, "Sulla distinzione fra leggi in senso materiale e legge in senso formale", en: *Studi in onore di Federico Cammeo*, Pádova, 1933, vol. I, p. 699-720).

46 "Ley formal (es el) acto emanado de la rama de gobierno que está investido del Poder Legislativo". Dictamen del Procurador General doctor Sebastián Soler hecho suyo por la Corte Suprema, *Fallos de la Corte Suprema de Justicia*; 237:636. "Esta expresión (ley) no ha de caracterizársela como un concepto exclusivamente formal". *Fallos*, 234:82.

47 En un esquema dejaremos clasificados, conforme a las tipificaciones realizadas en el texto, los artícu-

Bien; apenas se examina el papel asignado a la ley en la segunda parte del artículo 19 de la Constitución, se echa de ver que ahí el vocablo abar-ca a las leyes nacionales, provinciales y municipales en sentido material, ya que, como dijimos, cualquier autoridad pública, dentro de su jurisdic-ción, posee la propiedad de prescribir o prohibir acciones humanas, y los habitantes de la Nación están obligados a cumplir esas órdenes. Y esto no varía en el caso de que el juez, ante la inexistencia de un man-dato expreso de la ley civil, recurra a los principios de lo justo natural y entonces, haciendo como si fuera legislador, imponga coercibilidad a una norma general de esa índole y, consecuentemente, la aplique en el juicio concreto que debe actuar, puesto que para hacerlo está autorizado por el artículo 16 del Código civil48 49. Por ende, en esta situación, a quien la sentencia judicial le impone obrar en determinado sentido, no queda obligado a hacer lo que la ley no manda, sino a la inversa. En tanto que nuestra Corte Suprema ha sostenido que, careciendo de fuerza legal los

los de la Constitución donde expresa o virtualmente utilizan el vocablo "ley" en sus distintos conceptos.

ConstituciónNacional

Conceptos de ley en la

Ley de sentido formal	Nacional	Art. 3, 4, 7, 12, 13, 15, 17, 21, 24, 29, 31, 32, 41, 44, 66, 67, inc. 16, 24 y 28, 68, 69, 70, 71, 72, 86, inc. 2, 4, 7, 9 y 13, 87, 96, 102, 103, 109.
	Provincial	Art. 13 y 29.
	Municipal	Art. 67 inc. 27.
Ley en sentido material	Nacional	Art. 14, 16, 18 (primera parte), 19, 20, 28, 100 y 110.
	Provincial	Art. 31, 107 y 108.
	Municipal	Art. 5.

48 *Fallos*, 234:82.

49 Por ser los actos humanos, sobre los cuales recaen las leyes, singulares y contingentes, además que infinitamente variables, resulta imposible que el legislador provea todas las relaciones sociales justicia-bles. Ante una de estas lagunas legislativas, el juez, obligado por la propia ley civil a juzgar los litigios que le presenten, extrae una norma general justa de las leyes positivas que tratan una materia análoga, de una costumbre reglante de esa materia, de la común opinión

de la doctrina o simplemente de los princi-pios de la virtud de justicia y le imprime, para el caso, coercibilidad, por lo que Aristóteles dice que obra como “si el legislador mismo estuviera ahí presente, pues así lo habría declarado o de haberlo sabido así lo habría legislado” (Aristóteles, *Ética nicomaquea* 1137 b, 19-24; Francesco Marioni, “La equitá e la sua funzione nei giudizi”, en: *Il Filangieri*, Anno XXXIX, 1914, p. 481-526; Giorgio del Vecchio, *Sui principi generali del diritto*, nuova edizione, Milano, 1958; François Geny, *Methode d’interprétation et sources en droit privé positif*, 2º ed., París, 1932, T. II, *Epilogue ajouté a la seconde édition*, chap. III: Les pouvoirs du juge d’aprés le Code civil suisse du 10 décembre 1907, p. 308-329; Josef Esser, “Wandlungen von Killigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen privatrecht”, en: *Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Summum jus suma injuria*, Tübingen, 1963, p. 22-40).

actos ordenados por una autoridad pública en materia que está fuera de su jurisdicción, lo mandado por ella viene a no estar preceptuado o pro-hibido por la ley, con lo cual se contraría el artículo 19 de la Constitución nacional50.

15. Ahora bien, respecto a la aplicación de la segunda parte del artículo 19 de la Constitución nacional, la Corte Suprema ha resuelto que dicho precepto, en definitiva, “remite a la interpretación de la ley, para deter-minar si crea la obligación o establece la prohibición a que se refiere la Carta”51. Consecuentemente, al alto Tribunal, en su función de salvaguar-dar la supremacía constitucional, no le incumbe revisar la interpretación judicial de las normas comunes o locales52, ya que todas las sentencias tienen a su favor la presunción de ser arregladas a la ley53, “salvo el su-puesto excepcional de la arbitrariedad”54. Por tanto, la Corte Suprema revisa normalmente la interpretación de las leyes federales, puesto que sobre ellas actúa como tribunal de casación, pero también revisa, aunque de modo excepcional, los fallos dictados por los tribunales locales de últi-ma instancia cuando son “sentencias arbitrarias”55. Y con esto nos enfren-tamos con una admirable institución creada pretoriamente por nuestro supremo tribunal federal y que, sin duda, se basa en la parte preceptiva del artículo 19 de la Constitución.

La Corte Suprema estima que la sentencia relativa a leyes comunes o locales es inconstitucional por arbitrariedad cuando padece los defectos extremos que enseguida enunciamos.

1) Si ha sido dictada francamente contra la ley fundándose tan sólo en el capricho del juzgador, y no cuando se trata de una interpretación errónea del juez56.

2) Si se sustenta sobre hechos judicialmente inexistentes57 o sobre he-chos que, de no haberse omitido considerar cuestiones propuestas por las partes, pudieron no haber sido tales58, y no cuando sólo hay error en la

apreciación de las circunstancias tácticas del caso.

3) Si se aplica la ley según una interpretación contraria a la enseñanza

50 *Fallos*, 98:370.

51 *Fallos*, 237:797.

52 *Fallos*, 133:177; 153:331; 184:516; 194:220; 237:370, 893; 238:416; 240:91; 242:14; 244:147; 257:273.

53 *Fallos*, 102:414.

54 *Fallos*, 244:220.

55 Cfr. Juan Francisco Linares, “El recurso extraordinario contra sentencia arbitraria dictada en aplicación de normas no federales”, en: *Revista del Colegio de Abogados de Buenos Aires*, T. XXVII, 1949, nº 3 y 4, p. 217-258; Esteban Ymaz, “Arbitrariedad y recurso extraordinario”, en: *La Ley*, T. 67, p. 741-751.

56*Fallos*, 207:72; Voto del Presidente de la Corte Suprema, doctor Tomás D. Casares, 211:958; 234:82; 235:109; 237:438; 244:448; 251:339.

57 *Fallos*, 235:864; 238:550; 255:206; 256:28; 256:370; 257:20; 126

58 *Fallos*, 234:307; 235:113, 864; 237:328; 255:132.

unánime y constante de la jurisprudencia y la doctrina, no siendo razona-ble la nueva interpretación59.

Evidentemente, si la sentencia manda obrar contra lo expresamente pre-ceptuado por la ley o de modo irrazonable, contra lo preceptuado por la ley según la constante y unánime interpretación de la doctrina y la juris-prudencia, o si no están absolutamente probados o se impidió probar los hechos que son la condición para que corresponda aplicar lo prescripto por la ley, esa sentencia viene a ordenar hacer lo que la ley no manda o priva de lo que ella no prohíbe. En suma, la sentencia arbitraria infringe *in genere* el artículo 19 de la Constitución nacional, pudiendo quebrantar *in concreto* otro precepto de la Constitución, verbigracia, los artículos 14 y 17, si a alguien se le quita la propiedad sin que se hayan cumplidos los procedimientos estatuidos por la ley60, o el 18, si se le coarta el derecho de defensa61.

16. Al comienzo, al investigar la gestación histórica del artículo 19, sostu-vimos que era un precepto original de nuestro derecho público, querien-do significar con ello que literariamente no deriva de ningún precepto de una Constitución extranjera y, en especial, de la de los Estados Unidos como sucede con numerosas disposiciones de nuestro estatuto básico. Pero, en cuanto a su sustancia, al contrario, nada está más lejos que ser nuestro artículo 19 una norma autóctona, puesto que condensa la filosofía jurídica universal formulada por los grandes paradigmas del con-texto de ideas de nuestra civilización. Y a este propósito, justamente para mostrar la universalidad de dichos principios filosóficos, recordamos que de la enmienda IX de la Constitución de los Estados Unidos –modelo de nuestro artículo 33– la cual reza que “la enumeración de ciertos derechos que se hace en esta Constitución no

deberá interpretarse como dene-gación o menoscabo de otros derechos que pertenecen al pueblo", la doctrina norteamericana extrae el siguiente corolario: el fundamento de la Constitución de los Estados Unidos reside en la misma filosofía jurídica que el artículo 19 de la nuestra proclama abiertamente y cuya esencia consiste, según también lo asevera aquella doctrina, en considerar que el derecho positivo es válido en la medida que contiene al derecho natural y que Dios, al crear la naturaleza humana con la intrínseca propensión a su propio perfeccionamiento, es el supremo legislador de ese orden jurídico

59 *Fallos*, 235:267; 236:27; 244:523. Es de hacer notar que con esta jurisprudencia la Corte Suprema acepta la clásica doctrina sobre la autoridad de la "opinión común de los doctores", consistente en la obligación del juez de aceptar –so pena de considerar su sentencia como si fuera *contra leges*– la ense-ñanza unánime y constante de los tratadistas, siempre que el juez no sostenga con razonabilidad su opi-nión singular. Cfr. Charles Lefevre, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, París, 1938, p. 262-305.

60 *Fallos*, 112:384; 131:387; 133:298; 150:84; 184:137.

61 *Fallos*, 236:105.

objetivo, con lo cual los gobernados quedan moralmente inmunes al ries-go de someterse a una legalidad suficiente en sí misma, lo que equivale decir, asentada en la voluntad exclusiva de los hombres que ejercen los supremos poderes del Estado62.

62 Cfr. Edward S. Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, 6º ed., New York, 1963.