



Universidad de Buenos Aires
Facultad de Ciencias Económicas
Biblioteca "Alfredo L. Palacios"



El acceso a la función pública

Barcia, Roberto C.

1938

Cita APA: Barcia, R. (1938). El acceso a la función pública. Buenos Aires: Universidad de Buenos Aires. Facultad de Ciencias Económicas

Este documento forma parte de la colección de tesis doctorales de la Biblioteca Central "Alfredo L. Palacios". Su utilización debe ser acompañada por la cita bibliográfica con reconocimiento de la fuente.
Fuente: Biblioteca Digital de la Facultad de Ciencias Económicas - Universidad de Buenos Aires

ORIGINAL

14309



14 809
713 94

EL ACCESO

A LA FUNCION PUBLICA

-0-

TESIS

PARA EL DOCTORADO EN CIENCIAS ECONOMICAS

PRESENTADA POR

ROBERTO C. BARCIA

-0-



Handwritten notes and signatures at the bottom of the page.

ÓRIGINE

→ A la memoria del eminente estadista,
Decano y profesor de la Facultad de
Ciencias Económicas, doctor Eleodoro
Lobos.



BIBLIOTECA

UNA ACLARACION

Y UN DESEO.

Esta tesis debió ser presentada hace ya mucho tiempo, pero propias exigencias personales me llevaron a dedicar a otros estudios de derecho los ratos libres en la diaria tarea.

Llega, pues, con un poco de retardo, aunque el tema sigue siendo de absoluta actualidad.

Al hacer este trabajo he querido no sólo cumplir con las prescripciones reglamentarias a que debe someterse todo estudiante que aspira al ansiado título, sino también con el deber de contribuir a la solución de los problemas nacionales. Tanto como la aprobación final del tribunal examinador me halagaría saber que, aun muy modestamente, he podido ser útil.-

R.C.B.



"Los argentinos, de cualquier
"elase que sean, civilizados o
"ignorantes, tienen una alta con-
"ciencia de su valer como nación;
"todos los demás pueblos america-
"nos les echan en cara esta vani-
"dad y se muestran ofendidos de
"su presunción y arrogancia. Creo
"que el cargo no es del todo in-
"fundado, y no me pesa de ello.
"Ay del pueblo que no tiene fe
"en si mismo! Para ese no se han
"hecho las grandes cosas!

(D.F. Sarmiento, "Facundo")

- I -

FUNCIONARIOS Y EMPLEADOSADMISION A LA FUNCION PUBLICA BIBLIOTECA

En Derecho Administrativo se denomina "funcionario" (en su acepción más amplia) al órgano o agente de que tiene que valerse el Estado para poder desênvolver la actividad necesaria a sus fines.

Las actividades del Estado moderno son múltiples y cada vez más crecientes, pues él actúa como soberano en el derecho público y como persona del derecho privado, admitiendo estas dos grandes esferas de acción una infinidad de subdivisiones, de acuerdo con el concepto y el punto de vista con que se clasifica.

Así, puede decirse, en términos generales, que es funcionario el gobernante; el elector que, de acuerdo con las leyes respectivas, cumple con el deber de consagrar a aquél; el que, en el exterior, está investido de la representación diplomática de su país; el que tiene la honrosa misión de ser guardián de la independencia, la soberanía y las gloriosas tradiciones de la patria; el legislador, el juez, el maestro y, en fin, el que desempeña tareas humildísimas pero tan necesarias, dentro de su órbita, a los fines del Estado, como las más brillantes.

Todos esos funcionarios tienen de común, como dice J. Meyer⁽¹⁾, que son representantes del Estado cada uno según su función y las condiciones que el ejercicio de ésta exige.

Las clasificaciones de los funcionarios se hacen teniendo en cuenta el aspecto que de ellos interesa: por el carácter de la función, en políticos y administrativos; por la forma de designación, en electivos y de nombramiento; por el término de la función, en circunstanciales, inamovibles y removibles; por la retribución, en rentados y honorarios; por la jurisdicción en que actúan, en nacionales, provinciales y comunales; por la esencia de su función, en técnicos y administrativos, etc. etc. Extraordinario puede ser el número de clasificaciones si se atiende a las más tenues y sutiles diferencias que pueden observarse en los funcionarios.

Por otra parte, los autores de Derecho Administrativo están empeñados en una discusión académica acerca de si todos los agentes del Estado pueden ser denominados con el nombre genérico de "funcionarios" o si, especificando, debe éste ser reservado para los que están investidos de autoridad y realizan tareas de importancia, y designar con el término de "empleados" a los que desempeñan, de modo permanente y voluntario y mediante una re-

(1) "La administración y la organización administrativa" pág. 315.

tribución, un servicio del Estado, un cargo público.

Todas estas clasificaciones, discusiones y estudios no interesan a los fines de este trabajo. En él usaremos indistintamente los términos "funcionarios" y "empleados" como sinónimos o equivalentes de agentes del Estado que realizan una función pública absolutamente administrativa.

La función pública política no nos preocupa porque es materia del Derecho Constitucional y aquí pretendemos encarar la dilucidación de un problema de carácter administrativo. Tampoco nos interesa la función como carga pública.

Nos limitaremos, entonces, a estudiar lo relativo al ingreso a la función pública técnico-administrativa, ya sea ésta permanente o transitoria; rentada u honoraria; nacional, provincial o municipal; con acuerdo del Senado o con nombramiento discrecional del Poder Ejecutivo, de las Cámaras del Congreso, del Poder Judicial, etc. etc.

Hablamos de "Administración" en sentido amplio, involucrando en él la nacional, provincial y municipal, y de "Estado", refiriéndonos al general o a los particulares.

Sostenemos y trataremos de demostrar que, cualesquiera sea el carácter y la naturaleza de la función pública, quien aspire a ejercitarla en nuestro país debe poseer la

idoneidad que en términos generales exige el artículo 16 de la Constitución Nacional y que no es otra cosa que los siguientes requisitos y condiciones, a saber:

1°) Ciudadanía argentina, natural o adquirida, estando vedado el acceso a quien no la tenga, salvo cuando se trate de contratados;

2°) Idoneidad específica para el cargo, que se acreditará, en general, mediante la presentación de título habilitante y en particular por las pruebas de suficiencia que fije la ley reglamentaria del artículo 16 de la Constitución Nacional o, en su defecto, los decretos del Poder Ejecutivo, las resoluciones de los presidentes de las Cámaras legislativas y de la Suprema Corte y demás tribunales en el orden nacional, y de las autoridades provinciales y municipales en su caso;

3°) En general, edad no inferior a 18 años sin límite máximo, salvo cuando una ley, decreto o resolución, dispongan otra cosa para funciones determinadas;

4°) Habilidad moral -conducta honorable- a satisfacción de la autoridad que deba hacer el nombramiento;

5°) Indiferencia en cuanto al sexo, pero exclusión, en lo posible, por razones de orden social, de las mujeres casadas y en modo especial de las madres.



- II -

LA CIUDADANIA
LOS EXTRANJEROS CON RELACION A LA
CONSTITUCION, A LA NACIONALIDAD Y
A LA FUNCION PUBLICA.

Vamos a tratar en este capítulo un tema importante y no exento de dificultades por la posición doctrinaria en que nos colocamos: nos referimos al hecho singular, no repetido en ningún país del mundo sino por excepción, por el cual los extranjeros se encuentran eximidos de las obligaciones que pesan sobre los nacionales pero gozan, como aquellos, de los mismos e iguales derechos, entre otros a desempeñar funciones públicas.

Con esto queda dicho que nos vamos a ocupar de la disposición constitucional contenida en la segunda parte del artículo 16 y de su interpretación literal, generadora de la singular situación que comentamos y que tuvo la virtud de exaltar principios absolutamente desconocidos y no imitados por ningún otro país, como veremos luego en otras legislaciones. Refiriéndose a ella, Larguía (1)

(1) Hilarión Larguía, "La situación de los funcionarios de la Administración en la actividad y en la pasividad", pág. 338.

ha podido decir con toda razón que no es posible justificar la presencia de tanto elemento extranjero en nuestras reparticiones sino como una tendencia al parasitismo y en perjuicio directo de las industrias cuyo progreso nos interesa.

La interpretación absoluta y terminante que se hizo de esa disposición es la que ha permitido que se infiltraran, incluso en los cargos de dirección del Estado nacional y de las provincias, elementos en muchísimos casos no recomendables, que medraron al amparo de nuestra pasividad y que con frecuencia llegan a discurrir que su deber consiste no en expresar gratitud por haber alcanzado una posición encumbrada y que les hace honor, sino en minar los cimientos en que se asienta nuestra grandeza espiritual de país libre y generoso.

Sostenemos que la disposición constitucional del artículo 16 no debe ser interpretada literalmente y trataremos de demostrar que cabe se la reglamente en el sentido de que el título de ciudadano es indispensable sobre todo en la actualidad, período de transición en lo social y en lo político y de aguda crisis general, en el mundo entero- para los que aspiren a ingresar a la función pública y que él es una de las condiciones de idoneidad que dicha disposición constitucional requiere para la admisión a los empleos. En consecuencia, sostenemos también que no sería inconstitucional la ley o el decreto que exigiera ese carácter a los funcionarios y

que no habría razón en alegar tampoco que es inconstitucional e injusto el nombramiento hecho por autoridad competente que prefiriera al ciudadano argentino, por el sólo hecho de investir esa calidad, antes que al extranjero aun con iguales o mayores merecimientos que aquel.

Por otra parte, esa interpretación y la consiguiente reglamentación, nos pondrían a tono con los procedimientos y normas que rigen en la inmensa mayoría de los países, incluidos los de América, donde en forma completamente excluyente se reserva el derecho a desempeñar funciones públicas sólo al que tiene el carácter de ciudadano. Y nos pondrían a tono también con la época que exige diques a desorbitadas ideas que encuentran fácil, propicio y multiplicado eco en modestos inmigrantes, generalmente de poca ilustración y de escasos alcances.

Todo esto significa que hay que luchar con nuestro cosmopolitismo y nuestra tradición liberal -eterna cantinela que venimos oyendo y padeciendo como una enfermedad crónica desde que éramos un país débil y pobre- que han influido considerablemente para que se aceptara aquí como indubitable y sin apelación la tesis opuesta.

Por eso percibimos que es difícil nuestra tarea. Sostener, ante el texto constitucional citado, que sólo los argentinos deben desempeñar puestos públicos, puede ser esfuerzo vano frente a los que han hecho un culto casi fanático de doctrinas que colocan a la extranjería por en-

cima del más puro y noble nacionalismo. Pero por fortuna no solamente debemos someternos al juicio de los que han ido caldeando sus corazones con ideas de generosidad que creo enfermiza, sino también al de todos aquellos que, lejos de querer abrogar el código político más amplio de los conocidos, comprenden que es necesario arar hondo en las conciencias para no perder la simiente originaria de la argentinidad.

De otro punto de vista, son los mismos extranjeros radicados y empleados entre nosotros los que dan razón a nuestra tesis. En efecto: muchos, muchísimos de ellos ya pertenecen a la Argentina porque están vinculados a ella de una manera definitiva, desde que no piensan reintegrarse a sus países de origen; porque aquí se cobijaron bajo el santuario de hogares argentinos; porque aquí encontraron el pecho amante de una mujer argentina en que reposar sus penas; porque aquí han visto la luz sus hijos; porque aquí gozarán, los que desempeñan puestos públicos, de los beneficios de la pasividad que les prohíbe residir en el extranjero y porque, finalmente, tal vez en tierra argentina veneran los sepulcros en que yacen los restos mortales de sus mayores y donde encontrarán paz los suyos propios. Desde luego, hay más y muy variados lazos que atan al extranjero a nuestro país, como la fortuna personal, los negocios, algunas vanidades como la gloria y hasta la ambición de aquellos que llegaron a poner un ojo en el gobierno y otro en la Universidad.

Pues bien; a pesar de todo esto, su cariño a la tierra que los vió nacer suele hacerles sentir rebel-
 día por la adquisición de una nueva nacionalidad con la
 consiguiente renuncia de la de origen. ⁽¹⁾ Es probable,
 también, que además de su patriotismo, de su orgullo de
 nativo, haya otros factores que operan sobre su ánimo y
 sobre su sentimiento, acallando las razones morales, fí-
 sicas, económicas y hasta familiares, que podrían obli-
 garlos a adoptar una nueva nacionalidad.

Desde su punto de vista son, no cabe duda, excelen-
 tes hijos de una patria para ellos siempre aureolada de
 gloria, aunque pueda ser decrepita y regresiva en la rea-
 lidad, y comprenden que no hay razón alguna para que los
 argentinos no alimentemos iguales sentimientos con res-
 pecto a nuestro país, pujante y ascendente; como compren-
 den que también aquí, como ocurre en su patria ausente
 con todos los extranjeros, les debe estar vedado el goce
 de determinados privilegios que no son otra cosa que el
 derecho exclusivo de los nacionales; y que aquí, como en
 el resto del mundo, la administración pública debe desen-
 volverse con el solo auxilio de los nativos y los nacio-
 nalizados, sin compartirse con los extranjeros. Saben
 también que aquí, en esta parte del mundo, son sólo in-
 migrantes; que no están incorporados a nuestro medio por

 (1) Los extranjeros empleados públicos en la mayor parte
 de los casos son apatrios o sin nacionalidad, pues

la fuerza sino por su libre y espontánea determinación, compelidos a abandonar su patria por factores económicos, por agravios, castigos y acaso persecuciones por motivos raciales, religiosas y políticos.

Saben todo esto, lo comprenden y lo callan, como que silenciarlo conviene a sus intereses y a veces hasta pretenden ignorarlo. Los que no lo entendemos bien somos nosotros mismos, los argentinos, que debemos pagarnos menos de algunas posturas quijetescas, recordando que no debemos ser largos en la concesión de derechos a quienes no ofrenden a la patria que los cobija sus vidas y su sangre, sus altiveces, sus esperanzas, sus anhelos, en fin, todo su esfuerzo físico y espiritual.

Por cierto que estas palabras no constituyen ninguna queja áspera contra el extranjero por su condición de tal, ni ocultan ningún agravio.

Sabemos demasiado que muchos, frente a conceptos como los que dejamos expresados, creerán que el problema quedaría reducido a justos términos si se planteara como la necesidad de satisfacer, los argentinos antes que los extranjeros, urgentes necesidades elementales.

No es fobia al extranjero, ni es despecho y es algo

las constituciones generalmente declaran que pierden la ciudadanía quienes acepten empleos de gobiernos extranjeros. Esto hace que resulte aún más incomprensible la indiferencia por la patria de elección de los que conviven en nuestro medio.

más superior que las premiosas exigencias fisiológicas las que fundamentan esta tesis; es, en esencia, el deseo de incorporar en forma definitiva al extranjero que quiere sinceramente a su patria de elección, asimilándolo íntegramente y no aparentemente, y desechando a los otros, a los que han llegado sin sentir jamás, ni antes ni después cariño por la nacionalidad argentina. Es, en consecuencia, el deseo de evitar que sigan perdurando personas que son extranjeras cuando se trata de hacerles cumplir una carga pública o pagar una contribución, pero que invocan leyes argentinas e igualdad con el nacional en el trato, cuando hay un derecho en perspectiva o cuando sus menguadas aspiraciones se lo aconsejan. (1)

Esos no podrán nunca llegar a ser argentinos, porque el amor a la tierra, el cariño y el respeto por las instituciones que amparan nuestra vida, la libertad, el

(1) A manera de ejemplo que quizás un paciente y cuidadoso investigador podría multiplicar al infinito, voy a traer un caso (citado también por Víctor N. Romero del Prado en "Ciudadanía y Naturalización", pág. 243) que demuestra la burla y el desprecio que sienten muchos extranjeros por las leyes y cosas argentinas. Ante el juzgado federal de La Plata, desempeñado entonces por el doctor Agustín N. Matienzo, se presentó en el año 1924 un extranjero pidiendo su naturalización la que le fué denegada por resistirse el solicitante a prestar el juramento que le fué exigido en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 10.256, modificatoria de la ley 346, art. 6°. La razón que daba este extranjero para no jurar, era formidable: que él no estaba dispuesto a defender a nuestro país en caso de guerra! Aspiraba a que llega-

trabajo, la propiedad, el derecho hasta de dormir en paz más allá de la vida, es semilla que debe florecer individual y espontáneamente en cada corazón, sin pretender que germine por una siembra de privilegios, de empleos y de exención de obligaciones a las que se hallan sujetos los nacionales.

Desgraciadamente es concepto generalizado y muy común creer que el Estado está obligado a fomentar y cultivar la desidia y el parasitismo, aun de aquellos que, jactanciosos, se exhiben extranjeros, distribuyendo empleos como canongías.

Bien lejos estamos de aquellos tiempos en que a na-

da la hora desgraciada, fuera solo para el ciudadano el dolor de besar, en el instante supremo de la partida, la fresca pupila humedecida del hijo y de la esposa o la piel apergaminada de la madre, que sufren al presentir una despedida quizás definitiva.

El cinismo que revela esta actitud no oculta ningún noble ideal, ninguna razón moral; pero constituye, por sí sola, una profunda lección.

El juez doctor Matienzo -que desgraciadamente carecía de mejores medios para castigar el agravio- manifestó en el auto denegatorio de la ciudadanía que "si es un derecho para los extranjeros adquirir el honor de poder llamarse argentinos, es también ineludible la obligación de observar íntegramente los preceptos de la ley a cuyos beneficios se acogen". "Por otra parte -continuaba- la Nación no necesita y debe repudiar a los ciudadanos que además de ser analfabetos pretenden comenzar su vida de tales, desconociendo las leyes y la Constitución que les amparan en sus libérrimas disposiciones".

die sorprendía que hubiera argentinos que pidieran y suplicaran respetuosamente ser relevados en el desempeño de la primera magistratura del país, para poder retirarse "a la nada del hombre" a preparar consejos que dejar a los hijos por herencia. (1) El tiempo de los gigantes ya pasó...

Sostenemos con Olascoaga (2) que decir que el sentimiento nacional es mezquino y egoísta es desnaturalizar las manifestaciones afectivas que todos los seres sienten por el lugar de su nacimiento, por el lugar donde se desenvolvió su existencia y donde se vincularon a los otros seres para la convivencia social. Y agregamos que no por obra de un estrechó patriotismo que destruye los demás sentimientos sino por el más noble y grande, debemos hacer justicia no sólo a aquellos cuyos nombres, a veces de pronunciación difícil, perpetuamos para su mayor gloria transmitiéndolos a nuestros hijos para que los veneren, sino también a los otros, a los que no debieron haber salido nunca de sus patrias.

Que vengan en buena hora a estas playas aquellos que, parafraseando un concepto ajeno, entran por el pórtico

(1) Renuncia de Gervasio Antonio de Posadas, presentada el 9 de Enero de 1815 a la Asamblea Constituyente.

(2) Laurentino Olascoaga, "El ideal argentino", B.Aires, 1917, pág. 8.

ancho y siempre abierto del preámbulo de la Constitución Nacional, animados de espíritu de trabajo, de paz, de orden, a labrar su propio progreso y el del país a cuyo amparo se acogen; que vengan también los que quieran vivir en pacífico y orgulloso retraimiento, practicando fuertes solidaridades con sus connacionales y siguiendo sus costumbres y tradiciones, si así lo quieren; que vengan también aquellos que, escapando a muchos vendavales europeos, encuentran a nuestra tierra como un puerto de refugio; pero que comprendan que en este país están obligados a respetar nuestros derechos, nuestra organización y nuestras instituciones mientras disfrutan de nuestra hospitalidad; que no deben sentirse disminuidos si se otorgándoles más de lo que en su patria ellos conceden a los extranjeros, nos reservamos el ejercicio de ciertas atribuciones.

Los que no se adaptan a nuestro medio, los deletéreos, los que no se incorporan a nuestro ritmo, los que no se inspiran en nuestros llanos y nobles sentimientos porque no quieren renegar de los propios; los que no aprenden nuestra lengua; los que no producen porque no quieren o no tienen aptitudes, ¿esos pueden considerarse con derecho a incorporarse a la administración pública para que el Estado cargue con ellos y como si el desempeño de funciones delicadas y de responsabilidad fuera cosa de menor cuantía y poco honorable?

Y en cuanto a cierta otra clase de extranjeros, por último, ¿creerán que es suficiente obtener una carta de ciudadanía para encontrar franqueada la puerta que los iguala a los nacionales? No; estimo que no es bastante si se nacionalizan acogiéndose al beneficio acordado por la Constitución Nacional en la segunda parte del artículo 21, llevando una conducta en apariencia austera pero escatimando su sangre y su vida en defensa de la patria que libremente eligen, porque están gritando a pulmón pleno que no se sienten argentinos, que son tan extranjeros antes como después de obtenida su naturalización. (1)



(1) El proyecto de ley que en el año 1882 presentó el diputado Calvo -y al cual me refiero más adelante- se debió al hecho de que estando constituida la población de la ciudad de Buenos Aires por argentinos sólo en un cincuenta por ciento, la administración nacional estaba llena de extranjeros y que muchos generales de nuestro ejército también lo eran. Pero está fuera de toda duda que esos militares se sentían verdaderos patriotas y estaban dispuestos a jugarse la vida en favor del país cuyas armas empuñaban, lo que, desgraciadamente, difícilmente puede ocurrir con esta clase especial de ciudadanos.

- III -

LOS ANTECEDENTES ANTERIORES A 1853

Creemos conveniente examinar algunos de nuestros antecedentes anteriores al 53, porque nos permitirán conocer cuál había sido el pensamiento dominante hasta entonces respecto del punto que nos ocupa.

Bien sabido es, y por eso huelga la repetición, que durante nuestra vida colonial sólo los españoles podían desempeñar empleos en estas tierras; y si algunos criollos llegaron a ocupar cargos en el virreinato fué porque también ellos eran españoles, españoles de América.

Nacimos, pues, a la libertad con el concepto fuertemente arraigado de que no era asunto que incumbiera a los extrahjeros el desempeño de cargos públicos en la administración colonial.

A pocos meses del fuerte sacudimiento que significó la ruptura del vínculo que nos unía a la metrópoli y cuando la atención de los hombres que formaban el gobierno estaba concentrada en la realización de ingentes esfuerzos para extender por el norte del territorio la chispa revolucionaria, Moreno, figura consular pristina, de reconocido patriotismo, de sano corazón, dió en la circular del 3 de Diciembre de 1810 las razones que fundamentaban el decreto de la Junta acerca de los requisitos necesarios

para ser empleado público.

"Los funestos desengaños que ha recibido esta Junta -decía- de hombres ingratos al país en que hicieron su fortuna y que los volvería infelices con arrojarlos de su seno, la precisan a tomar aquellas medidas que puedan asegurar la conservación y bien de la tierra, por los estímulos que la misma naturaleza inspira a los que han nacido en ella. Las naciones todas justifican esta regla con su conducta; pues en ninguna se divide el gobierno con hombres extraños, ni se dispensan los derechos de ciudad con una franqueza que haga menguar su estimación y aprecio. Empeñada esta Junta en llevar su moderación y sufrimiento hasta donde ningún otro gobierno llegó jamás, ha resuelto conciliar en lo posible el bien de los hombres extraños con el derecho de los hijos del país, de que el gobierno no podría privarlos sin escándalo, y en su consecuencia ha expedido por reglas generales de invariable observancia en todas las provincias las siguientes declaratorias: 1°.- Desde la fecha de esta providencia, ningún tribunal, corporación o jefe civil, militar o eclesiástico, conferirá empleo público a persona que no haya nacido en estas provincias. 2°.- Toda pretensión de empleo será rechazada por el secretario o escribano ante quien se presente, mientras no se instruya como primero y esencial documento con la fe de bautismo, que acredite haber nacido el pretendiente en estas pro-

vincias. 3°.- Las anteriores declaratorias comprendan todo empleo público de mando y administración, bien sea eclesiástico, civil, político, militar, de justicia, de hacienda, municipal o de cualquier género que tenga jurisdicción o funde clase en el rango de los empleados. 4°.- Se exceptúa de estas declaraciones a todos los empleados europeos actualmente existentes, los cuales seguirán en sus mismos empleos y con los mismos derechos que antes tenían en sus respectivas carreras; debiendo quedar persuadidos que su buena conducta, amor al país y adhesión al gobierno, serán un garante seguro de su conservación y ascensos. 5°.- Los ingleses, portugueses y demás extranjeros que no estén en guerra con nosotros, podrán trasladarse a este país francamente; gozarán de todos los derechos de ciudadanos y serán protegidos por el gobierno los que se dediquen a las artes y a la cultura de los campos".⁽¹⁾

No he resistido al deseo de transcribir íntegramente el decreto debido a la genial inspiración de Moreno, clarividente de los destinos de la patria.

Obsérvese que por él no se daría empleo a ninguna persona que no hubiera nacido en estas provincias, extremo que debía acreditarse con la fe de bautismo como primero y esencial documento. Y el decreto del 26 de Di-

(1) Registro Nacional, tomo I, pág. 91.

(1)
 ciembre al aclarar que las disposiciones contenidas en el del día 3 no alcanzaban a los españoles europeos -"cabeza y noble origen de las familias patricias"- que no combatiesen al gobierno, no hizo sino refirmar la resolución de conceder los empleos públicos a los americanos.

En cuanto a los demás extranjeros, podrían trasladarse a este país a cultivar las artes y los campos, pero no a desempeñar empleos públicos.

Nótese también que se exceptuaba en el punto 4º a los empleados europeos que al tiempo del decreto desempeñaban funciones eclesiásticas, civiles, políticas, militares, de justicia, de hacienda, municipales o de cualquier otro género, en razón de que se daban por descontados su buena conducta, su amor al país y su adhesión al gobierno.

Que no hubo en el redactor del decreto ni por asomo el deseo de buscar una consagración fácil (un propósito electoralista, diríamos en los tiempos que corren) ni más finalidad que la simple exclusión del extranjero, es indiscutible. Moreno, muy por encima de las pasiones e intereses subalternos, no necesitó, como le atribuye la leyenda a Demócrito, sacarse los ojos para que sus profundas meditaciones patrióticas no fueran perturbadas

 (1) Registro Nacional, tomo I, pág. 95.

por las impresiones externas. Pensador profundo, de sobria y elocuente prosa, él mismo recordó a sus compatriotas la gravedad que implican las funciones de mando y la responsabilidad que pesa sobre quienes las ejercitan, señalándoles la mezquindad de quienes alimentan ideas de personal egoísmo. "Algunos -decía⁽¹⁾- transportados de alegría por ver la administración pública en manos de patriotas, que en el antiguo sistema habrían vegetado en la obscuridad y el abatimiento, cifran la felicidad general en la circunstancia de que los hijos del país obtengan los empleos, de que eran antes excluidos generalmente; y todos sus deseos quedan satisfechos cuando consideran que sus hijos obtendrán algún día las plazas de primer rango. El principio de estas ideas es laudable; pero ellas son mezquinas y el estrecho círculo que las contiene podría alguna vez ser tan peligroso al bien público como el mismo sistema de opresión a que se oponen. El país no sería menos desgraciado por ser hijos suyos los que lo gobernasen mal; y aunque debe ser máxima fundamental de toda nación no fiar el mando sino a los que por razón de su origen unen el interés a la obligación de un buen desempeño, es necesario recordar que Siracusa bendijo las virtudes y beneficencia del extranjero Gelón, al paso que vertía imprecaciones contra las crueldades y tiranías del patri-

(1) Palabras de Mariano Moreno, citadas por David Peña en "Historia de las leyes de la Nación Argentina", B. Aires, tomo I, pág. 90.

cio Dionisio".

Sin embargo, el amor al país de que suponía poseídos a los empleados extranjeros el decreto de 3 de Diciembre, no debió ser tanto que justificara aquella presunción; por lo menos no se tradujo en el acto formal de obtener una nueva nacionalidad con el título de ciudadano. En efecto, la primera carta de ciudadanía recién se otorga el 20 de Febrero de 1811, no a un empleado sino a un diplomático británico -lord Strangford, ministro de Inglaterra en el Brasil- y la segunda a Roberto Billinghurst nueve meses después, el 29 de Noviembre de 1811.

Por eso la Asamblea General Constituyente en sesión del 3 de Febrero de 1813 resolvió que "dentro del término de quince días, o antes si hubiese posibilidad, sean removidos de los empleos eclesiásticos, civiles y militares todos los europeos residentes en esta ciudad que no hayan obtenido en este término el título de ciudadanía, y en el de tres meses los demás que existen en toda la comprehensión de las Provincias Unidas".⁽¹⁾ Y por moción de Monteagudo, formulada en la sesión del 9 de Abril, estas disposiciones se hicieron extensivas a las provincias del Perú.⁽²⁾

Si se tiene presente que, de acuerdo a los térmi-

(1) "Asambleas Constituyentes Argentinas", editado por el Instituto de Investigaciones Históricas, tomo I pág. 7.

(2) Id., pág. 32.

nos del decreto del 3 de Diciembre de 1810, sólo los nativos y los españoles europeos podían ser llamados al desempeño de empleos públicos, se comprenderá que todos los europeos residentes en Buenos Aires no podían ser otros que los españoles.

Así lo aclaró la Asamblea en la sesión del 23 de Marzo de 1813 al establecer que la mayor parte de los españoles, por desgracia, se habían declarado agresores natos de nuestra justicia siendo "forzoso cerrar los oídos al clamor de nuestro corazón, descargar el peso de la ley y proscribir como a enemigos a los mismos que mirábamos como a hermanos"⁽¹⁾.

La misma Asamblea insiste, en la sesión del 12 de Junio de 1813, en declarar que los españoles europeos eclesiásticos, que no se han hecho dignos del título de ciudadanía, han quedado privados absolutamente de los empleos o beneficios que poseían.⁽²⁾

La resolución tomada en la sesión del martes 27 de Julio del mismo año, acerca de las reglas que deben observarse para el nombramiento de empleados, establece que el celo patriótico, la energía, la firmeza y la constancia a favor de la causa de la libertad de las Provincias Unidas del Río de la Plata son condiciones que deben ser tenidas en cuenta antes que la antigüedad o escala.⁽³⁾

 (1) "Asambleas Constituyentes Argentinas", tomo I, pág. 29.

(2) Registro Nacional, tomo I, pág. 220.

(3) Id., pág. 224.

En Abril 13 de 1814 es el Director Supremo don Ger-vasio Antonio de Posadas, quien manda y ordena "que en la distribución de honores y empleos que sea preciso acordar, crear o proveer en alguna de las provincias que constituyen el Estado, sean preferidos los naturales de ella en igualdad de mérito y circunstancias a los ciudadanos de las demás provincias; reservándome la excepción de esta regla con respecto a los cargos de primera jerarquía, en el solo caso de exigirlo así la seguridad y el orden interior del Estado; y que a fin de que llegue a mi noticia el mérito y servicio de los que aspiran a algún premio o colocación, quedarán facultados todos los ciudadanos para dirigirme con todas las formalidades prevenidas en anteriores decretos, sus relaciones, certificados y documentos por la Secretaría de Estado, a cuyo Departamento corresponda según la naturaleza de sus solicitudes"⁽¹⁾.

Para nada se habla, como se ve, de extranjeros, porque el discernimiento de empleos en la administración pública se hace sólo a los ciudadanos "sobre las bases de la igualdad y la justicia, para que el patriotismo tenga un estímulo y la virtud una justa recompensa".

Viene luego el Estatuto Provisional de 1815 el cual establece en la Sección Primera, Capítulo III, artículo

(1) Registro Nacional, tomo I, pág. 269.

IV, que a los diez años de residencia el extranjero tendrá voto pasivo, y podrá ser elegido para los empleos de República, mas no para los de gobierno, porque para gozar de ambos sufragios debe renunciar antes a toda otra ciudadanía. (1)

Este artículo motivó una breve discusión en la sesión que la Asamblea celebró el 14 de Octubre de 1816, por el deseo de saber si se modificaría o si quedaría sin variación hasta la constitución, resolviéndose por mayoría de acuerdo a este último temperamento. (2)

Nada dispone el Estatuto en forma expresa respecto a la calidad de nacional para el desempeño de empleos públicos ni aun siquiera para el cargo de Director del Estado (Sección 3a., Capítulo I, artículo I), ni para los embajadores, cónsules y enviados ante las demás potencias (art. XI), ni para los secretarios de Estado (art. XIII), ni para los empleados de Hacienda (art. XIV), ni de cualquier otra clase o ramo.

El Reglamento Provisorio de 1817 que, como se sabe, tuvo por base el Estatuto Provisional de 1815, si bien no establece nada en forma taxativa respecto a si está vedado a los extranjeros el ser empleados públicos, mantiene el criterio que había primado hasta entonces en

(1) Registro Nacional, tomo I, pág. 311.

(2) Id., pág. 441.

cuanto a ese punto.

En efecto, el art. VIII del Capítulo III, sección (1) quinta, dispone que en los empleos en servicio del Estado no sujetos a ramo, oficina o escala determinada, tendrá libertad el Director Supremo "para colocar a cualquiera de los ciudadanos que crea más a propósito por su aptitud y calidades que lo recomiendan".

No autoriza al Director a designar a cualquier habitante sino "a cualquier ciudadano", concepto restringido en el que no se entiende comprendido a los extranjeros.

Pero si hubiera alguna duda, por el silencio que guarda el Reglamento Provisorio, de que continuaba en vigor el decreto de la Asamblea General Constituyente del 3 de Febrero de 1813 -y por ende el decreto de la Junta del 3 de Diciembre de 1810- la disiparía la expresa resolución que en tal sentido adoptó la Soberana Asamblea en la sesión del 31 de Octubre de 1818. (2)

El mismo Soberano Congreso toma, en la sesión del 19 de Mayo de 1819 (3) la enérgica resolución de prohibir no sólo los empleos a los españoles sino también el desempeño de los cargos de albacea, tutor, curador, administrador de bienes testamentarios y ejecutor de úl-

(1) Registro Nacional, tomo I, pág. 441.

(2) "Asambleas Constituyentes Argentinas", tomo I, pág. 388.

(3) Registro Nacional, tomo I, pág. 509.

timas voluntades.

La Constitución unitaria de 1819 nada establecía acerca del extranjero con relación a los cargos públicos; pero le acordaba los mismos derechos que a los nacionales en la forma extensa como puede inferirse de lo dispuesto en el Capítulo II, artículo CX: "Los hombres son de tal manera iguales ante la ley, que ésta, bien sea penal, preceptiva o tuitiva, debe ser una misma para todos y favorecer igualmente al poderoso que al miserable para la conservación de sus derechos".

Es indudable que esta disposición sólo se refiere a los derechos civiles, porque el 16 de Agosto de 1824 se sanciona una ley que decía: "Los extranjeros que sin carta de ciudadanía obtengan algún empleo, sea militar o civil, deben cesar en él si antes no la obtienen", y sin embargo la Constitución de 1826 vuelve a reproducir textualmente, en el artículo 142, aquel mismo artículo de la Constitución de 1819.

Sobreviene luego un largo período de anarquía y confusión y el país se ve avocado a conflictos internacionales como consecuencia del trato que el gobernador de Buenos Aires, Juan Manuel de Rosas, impone a ciertos extranjeros.

Y llegamos, en esta ligera reseña, al momento solemne y fastuoso del pronunciamiento de Urquiza que abatió todo un régimen retrógrado.

Vamos a estudiar aquí el principio constitucional del artículo 16 en sus antecedentes más cercanos, contenidos en "Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina", de Juan B. Alberdi, a quien se ha dado en llamar el padre de la Constitución argentina.

Innecesario parece poner de manifiesto la estrecha relación que guardan numerosas disposiciones de las "Bases" con la Constitución, lo que ha permitido suponer que los constituyentes se inspiraron preferentemente en aquella fuente, además de la Constitución norteamericana.

Alberdi bregó incansablemente por poblar nuestro extenso territorio atrayendo al extranjero y no encontró mejor recurso que proyectar para ellos un verdadero código de derechos sin obligaciones en el Capítulo III de sus "Bases", que sedujo, en esa materia, a los diputados a la Convención.

Antes de pasar adelante creemos oportuno recordar aquí que por los años 1852 y 1853 era opinión unánime y deseo latente en la Convención y en toda la República, sancionar cuanto antes la Carta Fundamental a favor del espíritu patriótico que inflamaba los corazones. Con su sanción terminaría toda una época de guerras civiles que

tenía divididos en bandos irreconciliables a los habitantes del país y comenzaría la era del progreso, de la reconstrucción, del mejoramiento social y económico.

Entre el caos y el orden, representado y asegurado éste por la Constitución, puede decirse en términos generales que nadie dudó. Lo demuestra el debate suscitado en el seno del Congreso Constituyente al darse lectura al memorial del diputado Facundo Zuviría, quien sostenía que no había llegado aún la oportunidad de dar a la Nación la Constitución política.

En la sesión del 20 de Abril de 1853 ⁽¹⁾ decía el convencional José Benjamín Gerostiaga con ese motivo: "...juzgo superfluo manifestar que la sanción de la Constitución es urgente y que los pueblos la reclaman con exigencia; porque el Congreso conoce muy bien que la Constitución es el más poderoso elemento de pacificación para los pueblos; el único recurso que nos queda para establecer el orden y salvar a la Confederación de la disolución y de la anarquía".

Y el convencional Zapata manifestó a su vez en la misma sesión: "Nuestras provincias están cansadas ya de ser gobernadas por estatutos provisorios, por tratados provinciales, por pactos transitorios y por encargo de relaciones exteriores. Cuarenta y tantos años de amarga experiencia, recibida entre lágrimas y sangre, les

 (1) "Convención Nacional de 1853 y sus antecedentes", pág. 270.

han enseñado bastante lo que todo esto importa". (1)

El deseo expresado por Gerostiaga era compartido por todo el país que exigía una constitución. Los mismos diputados al Congreso Constituyente -hombres de gran bagaje intelectual, mesurados, de reconocido patriotismo- lo entendieron también así y trataron por sobre todas las cosas de sancionar una Constitución.

Esa urgencia y el deseo de no levantar más resistencias que las que ya ofrecía el cuadro político del país, con la provincia de Buenos Aires segregada, les indujo, seguramente, a adoptar, con algunas modificaciones, muchas disposiciones de "Bases", aun cuando Ernesto Quesada cree que la influencia de Alberdi fué muy secundaria en la Constitución. (2)

En su hora el autor de "Bases" fué atacado por muchos argentinos que lo sindicaron hasta como un traidor a la patria. Sarmiento, entre otros hombres prominentes, -y no obstante su carta de Yungay- tuvo duras expresiones para él. Sin embargo, la posteridad quiso rehabilitarlo y lo elevó a la categoría de prócer civil.

A la vida y obra de Alberdi hemos dedicado especial atención y de ellas esperamos ocuparnos en otra oportunidad, pues no caben en este trabajo que se desviaría

(1) "Convención Nacional de 1898 y sus antecedentes", pág. 287.

(2) Carta-prólogo de "Derecho Constitucional Argentino", de J.A. González Calderón, tomo II, pág. XXV.

así notablemente de su finalidad circunscripta.

Volviendo a "Bases", nos referiremos sucintamente a algunos conceptos de su autor, que no fueron aceptados por los constituyentes y que resultan sorprendentes y extraordinarios.

(1)
Así, por ejemplo, comentando el artículo 168 de la constitución peruana, se asevera de que el extranjero que compra una casa en el Perú -y, por extensión del razonamiento, en toda América- esté obligado a pagar contribuciones por ella, cuando la norma imperante en todo el mundo en aquel momento era que los extranjeros ni siquiera podían adquirir inmuebles en otro país que en el propio; se extraña Alberdi que se exija al extranjero que es investido por la Constitución con las prerrogativas y los derechos del ciudadano, a servir en la milicia, a verter su sangre en defensa del país como cualquier ciudadano nativo y a cumplir con todas las demás obligaciones que alcanza a este último. Le parece mucha carga para el extranjero que quiere gozar de los mismos derechos que el ciudadano, el tener que respetar las leyes del país como lo quiere el artículo 178 de aquella Constitución.

De igual modo considera excesivo que el artículo 51 de la Constitución de Ecuador exija a los extranjeros, a

(1) "Bases", cap. IV.

cambio de las garantías para su seguridad individual y libertad, que respeten y obedezcan la constitución y las leyes.

Predice la desaparición de Méjico como nación ⁽¹⁾ porque la constitución de aquel Estado impone como obligación de l@s extranjeros que quieran naturalizarse, que acrediten su deseo de radicarse en el país, que profesan la religión católica, apostólica, romana, y que tienen determinado giro o industria y gozan de buena conducta.

Pondera la bondad de la Constitución de California, de 1849, pero no hace referencia a ninguna disposición de la misma que concuerde con sus puntos de vista en cuanto a extranjeros.

Muy luego ⁽²⁾ afirma sentenciosamente, como un fallo con ejecutoria pontifical, que el ministro de Estado que no duplica el censo de estos pueblos de América cada diez años, ha perdido su tiempo en bagatelas y nimiedades. ⁽³⁾

Son, como se ve, conceptos fuertemente exagerados, tal vez tendientes a impresionar acerca de la necesidad de poblar el país.

La convención no llegó a sostener tanto pero no ca-

 (1) "Bases", cap. III.

(2) Id., cap. XV.

(3) La prueba de la exagerada conclusión quedó a cargo del tiempo: el país no cuenta con los 300 millones de habitantes de la progresión geométrica y, sin embargo, hemos tenido muy eminentes ministros que no perdieron el tiempo en bagatelas y nimiedades.

be duda que en este punto se inspiró en Alberdi, pues ni los constituyentes de Filadelfia -a pesar de que en 1777 los Estados Unidos tampoco eran territorios muy poblados- acariciaron conceptos semejantes, ni tampoco creyeron necesario adoptar esa política las convenciones posteriores que introdujeron enmiendas al texto primitivo.

Los norteamericanos en esta cuestión fueron mucho más prácticos que nosotros, pues, como dijo el diputado Ignacio D. Irigoyen ⁽¹⁾, "los Estados Unidos no llaman huéspedes a su seno; asimilan y hacen suya toda energía que se introduce a aquel país y lo que no es admisible lo eliminan".

¿Qué razones tuvieron los constituyentes para apartarse de los antecedentes nacionales y no disponer en forma expresa la necesidad de la ciudadanía para los empleos públicos?

Sin duda ninguna principal y quizás única fué la ya recordada escasa población: nuestro país nuevo, alejado de Europa entonces más que hoy por la falta de comunicaciones rápidas y continuas era casi un desierto. Era necesario poblarlo para que pudiera llegar a los grandes destinos que le estaban reservados y poblarlo con inmigrantes sanos, cultos, laboriosos, de países civilizados, europeos, sobre todo.

Para González Calderón no hubo tampoco más motivo que

(1) Diario de Sesiones de la C. de Diputados, año 1905, tomo II, pág. 1045.

el apuntado. En efecto, dice que "cuando la Constitución nacional fué definitivamente sancionada, la situación era muy distinta de la actual. Martín de Moussy en su conocida obra calculaba la población del país en esa fecha en 1.210.000 almas, comprendidos alrededor de 25.000 extranjeros en lo que fué la Confederación y 330.000 habitantes de la provincia de Buenos Aires, de los cuales 70.000 eran extranjeros. Esa escasísima población en un territorio inmenso hubo de ocasionar a los padres de la Constitución hondas cavilaciones acerca del futuro; aparte de que Alberdi en sus "Bases" habíales magnificado demasiado el problema. Por todo esto, no tubearon en arbitrar los que se creen recursos mágicos de la teoría constitucional para resolver radicalmente, conforme a los consejos prodigados por aquel publicista"⁽¹⁾

Pero hoy la situación ya no es la misma de entonces. No es que el país cuente en la actualidad con la población que necesita y puede incorporar, pues su densidad es de sólo 4 habitantes por kilómetro cuadrado, sino que ya -como lo hace notar el mismo González Calderón- ha quedado alejada la visión del desierto y debemos propender a formar y perfeccionar la nacionalidad argentina, desechando todo elemento que pueda hacerla descender del alto nivel a que aspiramos verla elevada.

 (1) "Ciudadanía y Naturalización", pág. 4.

Hemos dicho que los constituyentes no quisieron establecer en forma expresa la necesidad de la ciudadanía para las funciones públicas. Entonces no convenía. Pero cuando, de acuerdo con las necesidades del país hubiera conveniencia en destacar el requisito, las leyes que, de acuerdo al artículo 14, reglamenten el ejercicio de los derechos que la Carta Magna enuncia, regularían el caso.

Esto es lo que vamos a ver a continuación.

- IV -

LA DISPOSICION DEL ARTICULO 16PUEDE SER Y ES REGLAMENTADA

Se sostiene, por algunos, que los extrranjeros sólo están impedidos de desempeñar aquellos cargos para los cuales la Constitución Nacional exige la ciudadanía argentina de manera expresa, y que para los demás empleos la interpretación literal del artículo 16 es la única que debe regir.⁽¹⁾

Los artículos 40, 47, 76 y 97 requieren la ciudadanía argentina para ser, respectivamente, diputado nacional, senador, presidente y vice de la Nación y ministro de la Corte Suprema de Justicia. Fuera de estos no hay ninguna otra disposición que modifique la regla general del artículo 16, y como ésta no podría ser reglamentada en cuanto a la nacionalidad⁽²⁾ -fuera de la reglamentación que la

(1) Bielsa, por ejemplo, comienza por sostener que el precepto constitucional a que nos venimos refiriendo no puede ser objeto de restricción legal alguna respecto a la admisibilidad de los extranjeros en los empleos públicos; pero concluye por afirmar que no se requiere la ciudadanía en tanto no prohíba la ley atribuir funciones o empleos públicos a los extranjeros.

(2) Así lo entendió todo un cuerpo legislativo - la Cáma-

misma Carta Fundamental hace en los artículos ya citados- resultaría que el Congreso Nacional estuvo dictando reiteradamente leyes inconstitucionales.

En efecto, si fuera exacta la teoría de los que sostienen que no puede reglamentarse el principio constitucional en cuanto a la ciudadanía, el Parlamento habría estado violando la Constitución cada vez que ha exigido la nacionalidad argentina para los empleos que se refieren las siguientes leyes:

- Ley N° 27, art. 27, para ser juez federal de sección.
- Ley N° 1129, art. 3°, para ser gobernador municipal de

ra de Diputados de la Nación- en oportunidad de considerar el despacho de la Comisión de Negocios Constitucionales en el proyecto que presentó el diputado Calvo el 27 de Mayo de 1882 y a que nos referimos más adelante.

En el mismo sentido se pronuncia también un autor argentino, diciendo: "Para nosotros, al decir la Constitución en su artículo 16 que todos sus habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad, ha comprendido a los argentinos (nativos o naturalizados) y a los extranjeros. El precepto es amplio y su liberalidad consecuencia de los justificables propósitos que inspiraron a nuestros constituyentes: llamar a los extranjeros para poblar el país, falte de población y grande en extensión. Este derecho, como todos los demás reconocidos por la Constitución, está sujeto a reglamentaciones; pero éstas sólo pueden limitarse en lo que respecta a la idoneidad de que habla el art. 16 a las condiciones de edad, profesión, sexo, residencia, etc., mas no a la calidad de argentino o extranjero, es decir, a la nacionalidad, pues la misma Constitución cuando ha querido exigir dicho requisito para un determinado cargo o para el desempeño de una función, expresamente lo ha declarado, como cuando fija las condiciones para ser diputado, senador, juez o ministro de la Nación". (Victor N. Romero del Prado, "Ciudadanía y Naturalización", pág. 495).

El autor citado incurre en un error, en la enumera-

la Capital.

- Ley N° 1144, art. 57, para ser juez letrado; art. 91, para ser juez de paz, titular y suplente; art. 85, para ser miembro de las Cámaras de Apelación; art. 114, para ser fiscal de Cámara; art. 128, para ser defensor de menores; art. 143, para ser escribano público y de consiguiente para ser secretario de juzgado federal; art. 288, para ser archivero general de los tribunales, que debe tener título de escribano.

- Ley N° 1190, art. 2°, para ser secretario de juzgado federal.

- Ley N° 1254, art. 17, para ser alférez o subteniente, puesto que los no ciudadanos no pueden llegar al grado de oficial.

- Ley N° 1532, art. 12, para ser juez de paz de territorios; art. 34, para ser juez letrado de territorios; art. 47, para ser miembro de la Legislatura en los territorios nacionales.

- Ley N° 1893, art. 70, para ser juez; art. 94, para ser vocal de la Cámara de Apelaciones; art. 121, para ser fiscal de Cámara y agente fiscal; art. 135, para ser defensor de menores; art. 142, para ser defensor de pobres y ausen-

ción que hace de los empleos para los cuales la Constitución requiere la ciudadanía. En efecto, a excepción de los jueces de la Suprema Corte, la Constitución no exige la calidad de argentino a los magistrados de los demás tribunales inferiores, como no la exige tampoco para los ministros del Poder Ejecutivo.



tes.

- Ley N° 2377, art. 6°, para ser médico, farmacéutico o veterinario de los cuerpos de Sanidad Militar.
- Ley N° 2741, art. 2°, para ser director de la Caja de Conversión.
- Ley N° 2860, art. 3°, para ser alcalde; art. 12, para ser juez de paz titular o suplente.
- Ley N° 3271, art. 15, para ser rector de la Universidad de Buenos Aires; art. 33, para ser decano de las facultades.
- Ley N° 3575, art. 1°, para ser juez letrado de territorio.
- Ley N° 3670, art. 1°, para ser juez de paz.
- Ley N° 4031, art. 3°, para ingresar al ejército nacional con carácter permanente.
- Ley N° 4055, art. 13, para ser miembro de las Cámaras Federales de Apelación y procurador fiscal de las mismas.
- Ley N° 4507, art. 6°, para ser presidente del Banco de la Nación Argentina.
- Ley N° 4712, art. 1°, para ser cónsul general de primera y segunda clases.
- Ley N° 8172, art. 10, para ser presidente y vicepresidente del Banco Hipotecario Nacional.
- Ley N° 4856, art. 48, para ser oficial de la Armada.
- Ley N° 9675, art. 19, para ser oficial del ejército.
- Ley N° 10240, art. 5°, para ser intendente municipal de la Capital.

- Ley N° 10.861, art. 7°, para ser rector y decano en la Universidad del Litoral.
- Ley N° 11.658, art. 5°, para ser miembro de la Dirección Nacional de Vialidad.
- Ley N° 11.668, art. 3°, para ser presidente y director de Yacimientos Petrolíferos Fiscales.
- Ley N° 12.155, art. 10, para ser presidente y vice del Banco Central de la República Argentina.
- Ley N° 12.103, art. 3°, para ser miembro de la Dirección de Parques Nacionales.
- Ley N° 11.924, art. 10, para ser juez de paz letrado; art. 15 para ser secretario; art. 22, para ser camarista.
- Ley N° 12.346, art. 1°, para ser presidente de la Comisión Nacional de Coordinación de Transportes.

En presencia de todas estas leyes -y de muchas otras, tal vez, que revelaría una revisión minuciosa- cabe preguntarse: los miembros de las distintas legislaturas que se sucedieron desde 1853, desconocían el precepto constitucional o quisieron ir contra él deliberadamente?

Agravio imperdonable sería suponer lo primero en tantos brillantes parlamentarios que dieron lustre a las Cámaras que los contaron en su seno; en legisladores profesores de derecho que proyectaron o colaboraron en la sanción de esas leyes; en fin, en legisladores, unos, que erigieron verdaderos monumentos jurídicos, y otros, que trabajaron silenciosa pero eficazmente en las comisiones.

No hemos querido ser injustos: por eso nos abstuvimos de citar tantos nombres patricios.

Tampoco puede suponerse que haya habido algún miembro del Congreso -y mucho menos todo un cuerpo colegiado- inspirado en el propósito de arremeter, solapadamente, contra la Constitución, que si los legisladores hubieran creído necesaria su reforma no habrían vacilado en hacerlo notar valientemente con argumentos levantados y convincentes.

Finalmente, si hubiera habido ignorancia o deseo de violar la Constitución, habría que suponer esos propósitos también en los otros poderes del Estado; en los magistrados judiciales que tienen obligación de declarar la inconstitucionalidad de las leyes; en los abogados, verdaderos auxiliares de la justicia, que tienen obligación de pedir su declaración en los casos litigiosos que patrocinan; en los eruditos académicos de derecho: en fin, en el pueblo todo.

Intencionadamente no aludimos a los proyectos de ley presentados al Congreso réglamentando la ciudadanía y otros requisitos como condiciones de idoneidad, para evitar el argumento que podría hacerse de que la falta de aprobación de los mismos se debió a que estaban viciados de inconstitucionalidad.

Nuestro más alto tribunal, la Suprema Corte de Justicia, tiene declarado que "la Constitución, no siendo otra cosa que el código fundamental que declara los derechos y obligaciones políticas, tiene que ser complementado por leyes y disposiciones orgánicas, que reglamenten y aseguren esos mismos derechos y obligaciones"; y que "la reglamentación de los derechos que otorga la Constitución no importa su negación, sino su reconocimiento armonizado en las exigencias de las sociedad."⁽¹⁾

Estrada enseña, con respecto al artículo 16 que nos ocupa: "Es menester no dar excesiva extensión a esta cláusula. Ella significa que las funciones públicas no serán privilegio de una clase; pero no importa que la sociedad esté desarmada para establecer condiciones (fuera de la idoneidad) a fin de admitir a los individuos a determinadas funciones públicas".⁽²⁾

Montes de Oca, por su parte, declara⁽³⁾ que "no cabe dudar de que el derecho de la admisibilidad en los empleos, como todos los que la ley fundamental reconoce, está sujeto a las reglamentaciones que, aunque no pueden llegar a suprimirles, nacen del principio de la conservación del orden social". Añade, sin embargo, que en presencia "de los

(1) "Jurisprudencia Argentina", tomo 45, pág. 42.

(2) "Lecciones de Derecho Constitucional", pág. 137.

(3) "Lecciones de Derecho Constitucional", pág. 301.

términos del artículo 16, que consignan que la única condición exigida es la idoneidad, podría pensarse que cualquier reglamentación es arbitraria e incongruente".⁽¹⁾

González Calderón también se pronuncia del mismo modo cuando se refiere a la admisibilidad en los empleos⁽²⁾ y vuelve a insistir en el concepto cuando habla de la función electoral.⁽³⁾

No se puede dudar, pues, que existe el derecho de reglamentar la segunda parte del artículo 16 por medio de la ley; y que existe porque así lo establece la misma constitución en el artículo 67, inciso 28, cuando declara que es atribución del Congreso "hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes y todos los otros concedidos por la presente Constitución al gobierno de la Nación Argentina".

Si el Congreso no estuviera facultado para reglamentar el artículo 16 de la Constitución en las leyes mencionadas, mucho menos habría podido hacerlo el Poder Ejecutivo en decretos que dictó. Es que también existe, por mandato de la propia Constitución, la reglamentación administrativa fundada en el artículo 86, inciso 1°, que dispone

 (1) "Lecciones", tomo I, pág. 301.

(2) "Derecho Constitucional Argentino", tomo II, pág. 19.

(3) Id., pág. 297.

que el presidente de la República es el jefe supremo de la Nación y tiene a su cargo la administración general del país.

Nada se opone, entonces, a que el Congreso por vía legal y el Poder Ejecutivo por vía administrativa, reglamenten en qué casos y para qué empleos -o si para todos- es necesaria la calidad de ciudadano y a que legisle aquél y resuelva éste, dentro de su órbita, cuales son las otras condiciones de idoneidad a que se refiere el artículo 16 de la Constitución Nacional.

- V -

ANTECEDENTES LEGISLATIVOS EN MATERIA DE
REGLAMENTACION DE LA NACIONALIDAD DE LOS
EMPLEADOS PUBLICOS

Reorganizado constitucionalmente el país, el primer proyecto exigiendo la calidad de argentino para el desempeño de cargos administrativos fué presentado por el diputado Leandro N. Alem.

Durante la consideración de la ley nacional de telégrafos por la Cámara de Diputados y al discutirse las condiciones necesarias para desempeñar el cargo de director general, el diputado Alem formuló la siguiente moción: "Para desempeñar el puesto de director general de telégrafos se requiere ser ciudadano argentino, con cinco años de ejercicio de la ciudadanía"⁽¹⁾. Sucintamente explicó el alcance de su proposición sin prever, quizá la larga e interesantísima discusión que había de hacerse al respecto y que ocupó la atención de la Cámara durante dos sesiones.

Se opuso al proyecto el diputado Gallo por conside-

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1874, tomo II, pág. 780 y 883.

rarlo odioso, aunque terminó manifestando que aceptaría lo relativo a la ciudadanía pero sin el agregado de los cinco años de ejercicio en ella.

Que el precepto constitucional contenido en el artículo 16 debe ser reglamentado, no era asunto dudoso para Alem, quien, retomando la palabra dijo: "Si la ley general sobre competencia para optar a los empleos públicos no está dictada, es conveniente que los puestos de importancia sean desempeñados por ciudadanos argentinos"⁽¹⁾.

El diputado Leguizamón, contrario al proyecto, expresó sin embargo, que comprendía que habría de llegar un día en que, a pesar de las franquicias de la Constitución, se establecerán restricciones al extranjero y se le impondrá la ciudadanía. Su oposición no era jurídica sino puramente sentimental. "Me es altamente odioso imponer la ciudadanía como condición de pan y sustento para el hombre y para una familia"⁽²⁾.

Brillantes y claros fueron los conceptos emitidos por el diputado Igarzábal y luego de agotada la discusión se rechazó el proyecto pronunciándose 28 diputados por la negativa y 27 en favor del artículo.

Como se ve, muy divididas se hallaban las opiniones, aunque debemos insistir que, mientras por un lado se exponían argumentos jurídicos, por el otro se rebatía con cómodas razones de orden práctico y sentimentales.

(1) Id., pág. 781.

(2) Id., pág. 799.

En 1877, el diputado Santiago Alcorta presenta un proyecto ⁽¹⁾ sobre la materia, en cuyo artículo 2º, inciso 2 se disponía que para ser empleado público se requiere ciudadanía en ejercicio, estableciéndose en el artículo 8º que esa condición no sería exigida para los empleos del profesorado o de especialidad artística o científica.

Algunos años después, en 1882, el diputado Calvo proyecta la prohibición de desempeñar cargos en la administración nacional a los extranjeros que no tengan carta de ciudadanía. ⁽²⁾

El proyecto decía así: "Artículo 1º.- Ningún empleado público en la Administración nacional, ni en la de las provincias, será acordado a extranjeros que no hayan tomado carta de ciudadanía en la República. Art. 2º.- Los extranjeros empleados actualmente podrán optar, en el término de 60 días, a continuar en sus puestos cumpliendo con el artículo 1º. Art. 3º.- Quedan exceptuados los profesores de ciencias, artes, etc., contratados especialmente para la enseñanza pública o que lo fueren en lo sucesivo".

Con motivo de considerar la Cámara de Diputados el despacho de la Comisión de Negocios Constitucionales, se produjo un interesantísimo debate sobre la cuestión.

El miembro informante, diputado Villamayor, dió las

(1) Diario de Sesiones, año 1877, tomo I, pág. 34.

(2) Id., año 1882, tomo II, pág. 125 y 148 a 155.

razones por las cuales la Comisión aconsejaba el rechazo del proyecto que -como ocurrió en 1874- eran menos jurídicas que rutinarias.

Replicó el autor del proyecto diciendo ⁽¹⁾ que si la Cámara restringiera la interpretación de la Constitución Nacional hasta los límites tan estrechos en que se colocaba el miembro informante, no la traduciría bien. Agregaba que la Constitución no es absurda, sino que declara expresamente que los derechos y garantías no enumerados; a que se refiere el artículo 33, no están negados ni han desaparecido, sino que deben ser reglamentados. ⁽²⁾

En tan poco tenía la nacionalidad y la función pública el miembro informante que, al hacer uso de la palabra por segunda vez, dijo ⁽³⁾ : "Se cree, acaso, que por alcanzar un empleo civil, un pobre empleo civil, el extranjero se va a nacionalizar?"

El diputado Delfín Gallo manifestó que en 1853 era necesario el extranjero en el país y que por eso se le dió todo ese cúmulo de derechos que establece la Constitución; pero temiendo el efecto moral que el proyecto causaría en el exterior, votaba por el rechazo.

Así fué como murió un proyecto que hubiera hecho mu-

 (1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1882, tomo II, pág. 127.

(2) Id., pág. 131.

(3) Id., pág. 139.

cho por la nacionalidad si se hubiera aprobado.

En el año 1902 el diputado de Vedia presentó un proyecto de ley a la Cámara de que formaba parte (1), el cual fué suscripto también por los diputados Manuel Quintana, Carlos A. Aldao, J. Helguera, A. Carbó, Enrique S. Pérez, Juan José Silva y D.A. Olmos.

Dicho proyecto disponía lo siguiente: "Artículo 1º.- Todo extranjero que desempeñe un empleo civil o militar, o una función permanente, en cualquiera de los poderes públicos que forman el gobierno federal, será considerado ciudadano legal si no hiciera una manifestación en contrario seis meses después de la promulgación de esta ley. Artículo 2º.- En el caso de la manifestación a que se refiere el artículo anterior, el empleado o funcionario deberá acompañarla con la renuncia del cargo que desempeñe. Artículo 3º.- Los servicios profesionales e las comisiones científicas quedan exceptuados de las obligaciones impuestas por los artículos precedentes".

El diputado de Vedia al fundarlo decía que la República no puede dejar de exigir a los que vivan en su suelo gozando de las mismas ventajas que los nacionales, que soporten también las cargas inherentes a estos, suprimiendo así la desigualdad que resulta en el estado actual.

El proyecto pasó a estudio de la Comisión de Nego-

(1) Diario de Sesiones, año 1902, tomo I, pág. 682.

cios Constitucionales, la que se expidió en Junio 3 de
 (1)
 1903, sin que el despacho fuera nunca considerado por
 la Cámara.

Posteriormente, en 1905, el diputado Ignacio D. Iri-
 goyen presentó a la consideración del Cuerpo un proyecto
 de ley (2) cuyo artículo 1° disponía que serían considera-
 dos ciudadanos argentinos por naturalización o nacionali-
 zación, con todos los derechos y deberes constitucionales,
 entre otros los que ejerzan o hayan ejercido el magiste-
 rio en un instituto de jurisdicción nacional o provincial
 y los empleados de las administraciones nacionales, pro-
 vinciales y municipales.

El proyecto tendía, como el anterior, a incorporar a
 nuestra nacionalidad a los extranjeros que ejercieran las
 funciones aludidas.

Al fundarlo decía su autor que si observamos lo que
 pasa en un hogar cualquiera que abre sus puertas a los vi-
 sitantes, desde luego que salvo raras excepciones, única-
 mente los menos delicados serán los que se atrevan a soli-
 citar su admisión en la íntima fraternidad de la familia;
 que los más delicados, los más correctos, en una palabra,
 esperarán a que se los invite. De ahí sacaba en conclusión
 que algo análogo es lo que le pasa al pueblo argentino con
 relación a los extranjeros, pues necesita de sus mejores
 huéspedes en la íntima fraternidad colectiva.

 (1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año
 1903, tomo I, pág. 47.

(2) Id., año 1905, tomo II, pág. 1045.

Consideramos formada la comparación, pues la invitación ya está formulada en la Constitución y en la ley de ciudadanía. Si no es aceptada, no ha de ser con nuevas amables reiteraciones que se logre la incorporación de los extranjeros.

Más adelante agregaba el diputado Irigoyen que indudablemente nadie querría recibir el abrazo de quien no supo rendir a la madre propia el culto purísimo del alma; pero que también es indudable que nadie se negará a dar ese mismo abrazo y el título de hermano adoptivo a quien, después de haber rendido un tributo respetuoso a la madre patria, se inclina con cariño ante la nuestra que lo invita en su hogar a asumir todos los derechos y todos los deberes de padre de una familia argentina. Añadía que ya creía fuera tiempo de saber "quienes son y cuantos son nuestros hermanos adoptivos y cuales nuestros simples visitantes, porque se oyen a lo lejos, en éste y en el otro continente, palabras que suenan... supremacía comercial, conquista mercantil, tutelaje del orden... y otras cosas, que parecen indicios de algo que no es indudablemente la idealidad que soñaron nuestros mayores cuando abrieron el templo de redención, saludando como hermanos a todos los libres del mundo".

En 1907 tiene entrada también en la Cámara de Diputados (1) un excelente proyecto de ley del Poder Ejecutivo

(1) Diario de Sesiones, año 1907, tomo I, pág. 295.

que lleva la firma del ministro Eleodoro Lobos, en cuyo artículo 13 se reglamenta la idoneidad a que se refiere el artículo 16 de la Constitución.

Disponía que "además de los requisitos expresados para ser empleado nacional, se exigirán las condiciones de ser ciudadano argentino, natural o naturalizado y haber cumplido o cumplir en la oportunidad debida con las prescripciones de las leyes sobre milicia e inscripción cívica".

El 26 de Junio de 1911 el diputado Marco Aurelio Avellaneda reprodujo ⁽¹⁾ el proyecto que en 1902 presentara el diputado de Vedia, fundándolo en estos términos concisos: "Que el extranjero que se acoge a las franquicias de nuestra Constitución, que no paga la contribución de sangre, que está al amparo de nuestras leyes liberales y protegido al propio tiempo por la nacionalidad que conserva, se limite a labrar la tierra, a enseñar las ciencias y las artes, a ejercer las industrias, a comerciar, a hacerse propietario, a asegurar su bienestar y el de los suyos, que se limite a comprometer nuestra gratitud colaborando en la obra sin término de la prosperidad nacional; pero que mientras se resista a tomar carta de ciudadanía deje como un derecho exclusivo de los argentinos el de formar parte del gobierno y de la administración del país. Como se ve, no se trata, inútil fuera decirlo, de hostilizar al extranjero, sino de levantar el sentimiento de la nacionalidad colocándolo a la altura en que debe

(1) Diario de Sesiones, año 1911, tomo I, pág. 514.

estar colocada y en que está en todos los países importantes".

En 1915, casi simultaneamente son presentados tres proyectos a la Cámara de Diputados. El primero de ellos, del diputado Marcelo T. de Alvear, reproducido en 1918 y en 1920 por el diputado Jacinto Fernández, que tuvo entrada en la sesión del 12 de mayo, ⁽¹⁾ nada disponía respecto de la nacionalidad de los que fueran admitidos al desempeño de empleos públicos.

El segundo fué presentado el 14 de Mayo por el diputado Arturo M. Bas ⁽²⁾. Por el artículo 3° inciso c) se exigía la calidad de ciudadano nativo o naturalizado a todos los empleados a que se refiere el artículo 2°, inciso b) o sea a los empleados de la administración menos al personal de servicio y obreros a salario y jornal diario.

El tercer ⁽³⁾ proyecto enviado al Congreso el 6 de Agosto por el Poder Ejecutivo, lleva las firmas del entonces presidente de la Plaza y su ministro Carbó, éste uno de los firmantes del proyecto de Vedia, del año 1902. En el artículo 8° se dispone acerca de quienes serán considerados idóneos para el ingreso a la administración, sin hacer mención alguna respecto de la nacionalidad de

(1) Diario de Sesiones, año 1915, tomo I, pág. 20.

(2) Id., pág. 43.

(3) Id., pág. 484.

los pretendientes; pero en el artículo 12 se establece que "será condición esencial para el ascenso el ser ciudadano argentino, natural o naturalizado".

Parecería que el criterio del Ejecutivo fuera el de que no puede prohibirse legalmente a los extranjeros el ingreso a la administración pública en virtud de lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución; pero como respecto de los ascensos nuestra carta fundamental nada establece, se aprovechó su silencio para cerrarles la puerta a aquellos en cuanto quisieran, en ese caso con todo derecho y con todos los méritos que pudieran tener, ver premiada su labor con un ascenso.

Por el concepto estrecho en que está inspirado, el proyecto es malo. Mejor habría sido no incluir ese artículo que, de haberse aprobado el proyecto, pudo haber dado lugar a injusticias irritantes. Tal sería, por ejemplo, si se produjera una vacante que, en ascenso, debería ser llenada con un empleado de nacionalidad extranjera. En virtud de lo que dispone el artículo 12, ese empleado no podría ser ascendido por impedírsele su nacionalidad; pero no habría impedimento alguno para que otro individuo también de nacionalidad extranjera, no perteneciente a la administración, fuera incorporado a ella de la calle, si reuniera todos los requisitos del artículo 8°, porque en ese supuesto no habría ascenso sino ingreso.

C Como ya se ha dicho, en 1918 el diputado Jacinto Fernández reproduce ⁽¹⁾ el proyecto Alvear de 1915 y vuelve a reproducirlo nuevamente en 1920 ⁽²⁾ por haberse operado la caducidad a que se refiere la ley Olmedo.

En 1920 el diputado Edgardo J. Míguez, en un proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados ⁽³⁾ relativo a condiciones para el nombramiento y remoción de los funcionarios judiciales de la Capital, establecía como requisito indispensable en el artículo 3°, inciso e) la ciudadanía argentina.

En 1921, el diputado Amancio González Zimmermann ⁽⁴⁾ deposita en la Cámara de Diputados un proyecto de ley que reproduce en 1926 ⁽⁵⁾, por cuyo artículo 2°, inciso e) se declara indispensable la ciudadanía argentina para ser empleado de la administración nacional, disponiendo el artículo 3° inciso 1° una preferencia a favor de quienes hubieran cumplido su servicio militar a satisfacción de las autoridades respectivas.

⁽⁶⁾
En 1922, el diputado Arturo M. Bas reproduce con enmiendas su proyecto de 1915, declarando requisito in-

(1) Diario de Sesiones, año 1918, tomo I, pág. 347.

(2) Id. año 1920, tomo I, pág. 249.

(3) Id., año 1920, tomo V, pág. 783.

(4) Id., año 1921, tomo IV, pág. 245

(5) Id., año 1926, tomo IV, pág. 208

(6) Id., año 1922, tomo I, pág. 244.

dispensable la ciudadanía para los empleados públicos el artículo 3° inciso d).

En 1922, el diputado Adrián C. Escobar presenta un proyecto de ley ⁽¹⁾ que reproduce sucesivamente en 1932, 1934 y 1936, ⁽²⁾ el cual contiene igual exigencia en el artículo 2°, inciso b).

En 1932, el señor diputado Roberto J. Noble presenta un proyecto de ley suscripto por otros colegas -que reproduce en 1934 ⁽⁴⁾ - en cuyo artículo 2° se dice que podrán ser nombrados empleados de la Nación todas las personas de ambos sexos que sean ciudadanos argentinos por nacimiento o naturalización y que hayan cumplido, si son varones, con las obligaciones de las leyes militares. ⁽³⁾

En ese mismo año 1932, el doctor José Nicolás Matienzo presentó a la Cámara de Senadores ⁽⁵⁾ un meditado proyecto de ley que no contenía ninguna disposición respecto de la nacionalidad.

En 1933, el diputado Manuel A. Fresco presenta un proyecto de ley ⁽⁶⁾ que vuelve a reproducir en 1935, ⁽⁷⁾ por

(1) Diario de Sesiones, año 1922, tomo II, pág. 254.

(2) Id., año 1932, tomo II, pág. 113; año 1934, tomo IV, pág. 670; año 1936, tomo III, pág. 89.

(3) Id., año 1932, tomo II, pág. 662.

(4) Id., año 1934, tomo I, pág. 667.

(5) Id. del Senado, año 1932, tomo I, pág. 300.

(6) Id. de Diputados, año 1933, tomo I, pág. 880.

(7) Id., año 1935, tomo II, pág. 185.

cuyo artículo 2º, inciso a) se exige a los empleados públicos la ciudadanía argentina, y en el inciso f) el cumplimiento de las leyes militares y electorales.

En 1933, el diputado Juan Antonio Solari funda un proyecto de ley ⁽¹⁾ que suscriben otros diputados y que fué reproducido en 1935 y 1937 ⁽²⁾, que exige el mismo extremo en el artículo 6º, inciso d).

El Poder Ejecutivo envió al Congreso en 1923, 1927 ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ y 1936 ⁽⁵⁾ proyectos de estabilidad y escalafón de empleados públicos que nada disponen respecto de la nacionalidad que deben tener los que desean ingresar a la administración pública.

A simple título informativo agregamos que el diputado Pedro Bidegain reprodujo también en 1927 ⁽⁶⁾ el proyecto del Ejecutivo de 1923.

Ninguno de los proyectos enumerados fué considerado nunca por el Congreso.

-
- (1) Diario de Sesiones, año 1933, tomo III, pág. 458.
 - (2) Id., año 1935, tomo I, pág. 401; año 1937, 14 de Julio.
 - (3) Julio 22 de 1923.
 - (4) Diario de Sesiones, año 1927, tomo II, pág. 171.
 - (5) Id. del Senado, año 1936, tomo II, pág. 216.
 - (6) Id. de Diputados, año 1927, tomo I, pág. 88.

- VI -

LOS EXTRANJEROS Y LA FUNCION PUBLICA

EN LA LEGISLACION COMPARADA

Ya hemos visto como la Argentina ha considerado hasta hoy a los extranjeros a través de sus leyes. En el hecho, y sin estar obligada por el derecho positivo internacional o interno, siempre dió generosamente la mano al extranjero.

Para probarlo no es necesario que nos remontemos en el curso de la historia a la épica epepeya que dió por resultado la independendencia de buena parte de América, sino que basta con que hagamos referencia a actos más cercanos en el tiempo y que si bien más modestos no por eso fueron menos eficientes y útiles. Nuestro país siempre se hizo presente cuando algún suceso luctuoso afligió en hora desgraciada al género humano, aquí cerca, en América, o allá lejos, en otros continentes.

Cualquier iniciativa de esta índole contó siempre con el calor popular y con el apoyo oficial, aun en momentos en que los recursos tenían muy escuálida figura. para referirnos solo a algunas, mencionaremos la ley N°

4690, de Septiembre 14 de 1905, que ordenaba entregar al gobierno de Italia 10.000 pesos oro para socorrer a las víctimas de los terremotos de Sicilia y de Calabria; la ley número 4960, de Agosto 25 de 1906, invirtiendo \$ 250.000 en socorros a las víctimas de una catástrofe ocurrida en Chile; la ley número 4964, de igual fecha, mandando entregar a una comisión de señoras la cantidad de \$ 200.000 con igual objeto que la anterior; la ley número 9107, de Agosto 20 de 1913, socorriendo con \$ 100.000 a las víctimas de un terremoto habido en el Perú; la ley N° 9501, de Septiembre 21 de 1914, cuando la situación del erario era angustiosa, entregando \$ 25.000 a la Cruz Roja Internacional para las víctimas y heridos de la gran guerra, etc.

Para probar que la fraternidad no ha sido nunca palabra hueca en nuestra conducta, basta y sobra con la enumeración ya hecha.

Ahora veamos ligeramente como en las legislaciones extranjeras se han contemplado los intereses de nacionales y extranjeros.

En América, países igualmente nuevos como el nuestro, con idénticos o parecidos problemas que resolver, nuestra Carta Fundamental no ha sido tomada de ejemplo sino en el Paraguay, donde la Constitución sancionada el 24 de Noviembre de 1870 establece en el artículo 26: "La Nación Paraguaya no admite prerrogativas de sangre ni de nacimientos; no hay en ella fueros personales ni títulos de

nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley y son admisibles a cualquier empleo, sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas.

Es, como se ve, una reproducción casi exacta de nuestro artículo 16.

La constitución chilena de Septiembre 18 de 1925 establece en el artículo 10 que ella asegura a todos los habitantes de la República la admisión a los empleos y funciones públicas, pero con las condiciones que impongan las leyes, las cuales pueden reglamentar, desde luego, la nacionalidad de los candidatos.

La constitución del Brasil, de febrero 24 de 1891, derogada por la de Julio 16 de 1934, disponía en el artículo 73 que los cargos públicos, civiles o militares, son accesibles a todos los brasileños, observadas las condiciones de capacidad especial que la ley estableciera. La que está actualmente en vigencia, desde 1934, no establece nada en forma expresa.

En la vecina República del Uruguay siempre el nacional fué celosamente amparado. La constitución del 10 de Septiembre de 1917 en el artículo 11 contenía la siguiente disposición: "Todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos". El artículo 69 de la Carta sancionada el 24 de Marzo de 1934 dispone: "Todo ciudadano puede ser llamado a los empleos públicos. Los ciudadanos legales no podrán ser designados sino tres años después de haberseles otorgado la carta de ciudadanía".

Al discutirse en la convención constituyente el proyecto que tuvo sanción definitiva el 24 de Marzo de 1934, dijo el convencional Polleri con referencia a este artículo que "hay que moralizar la incorporación de los extranjeros, corrigiendo la corruptela de ofrecerles una ventaja material. Hay razones de orden ético -prosiguió- que aconsejan seleccionar la calidad de la inmigración". (1)

(2)
Según Francisco J. Casella, "hay un precepto constitucional que define ampliamente la condición necesaria para ingresar a la Administración Pública: la de ser ciudadano, complementado con otro que solo reconoce en las personas, el talento y las virtudes".

De acuerdo con la norma inflexible impuesta por la Constitución, en distintas oportunidades han sido dictadas leyes y reglamentos con referencia al ingreso a la Administración General de Correos, Telégrafos y Teléfonos; al Banco Hipotecario del Uruguay; al Banco de Seguros del Estado; a la Administración Nacional de Combustibles, Alcohol y Portland; al Banco de la República del Uruguay, etc. etc.

La Constitución de Bolivia, en el artículo 34, inciso 2º, expresa que "los derechos de ciudadanía consisten en la admisibilidad a las funciones públicas sin otro

(1) "Actas de la IIIa. Convención Nacional Constituyente", Montevideo, 1935, pág. 11.

(2) "Ingreso a la Administración Pública", Montevideo, 1932.

requisito que la idoneidad, salvas las excepciones establecidas por la misma Constitución".

La constitución peruana proclama, en el artículo 39, que "todo ciudadano puede obtener cualquier cargo público, con tal que reúna las calidades que exija la ley".

En México, el artículo 32 de la Carta Fundamental del 6 de Noviembre de 1874 disponía que "los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones de nombramiento de las autoridades, en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. Se expedirán leyes para mejorar la condición de los mexicanos laboriosos, premiando a los que se distinguan en cualquier ciencia o arte, estimulando al trabajo y fundando colegios y escuelas prácticas de artes y oficios".

Y en la Constitución que empezó a regir el 1º de Mayo de 1917, también en el artículo 32, se dispone: "Los mexicanos serán preferidos a los extranjeros, en igualdad de circunstancias, para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del gobierno en que no sea indispensable la calidad de ciudadano. En tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el ejército ni en las fuerzas de policía o seguridad pública. Para pertenecer a la marina nacional de guerra y desempeñar cualquier cargo o comisión en ella, se requiere ser meji-

cano por nacimiento. Esta misma calidad será indispensable en capitanes, pilotos, patrones y primeros maquinistas de los buques mercantes mejicanos, debiendo tenerla, además, los que compengan las dos terceras partes de la tripulación".

Como puede apreciarse con la transcripción hecha de las dos constituciones, cuando la calidad de ciudadano es indispensable para una función pública resulta indubitante que el extranjero no podrá nunca desempeñarla; y cuando no se requiera indispensablemente la ciudadanía, entonces los mejicanos son preferidos a los extranjeros nada más que por ser nacionales.

En Haití, la constitución de 9 de Octubre de 1889, establece en el artículo 13 que "los haitianos son iguales ante la ley. Todos son igualmente admisibles a los empleos civiles y militares sin otro motivo de preferencia que el mérito personal o los servicios prestados al país. Una ley reglamentará las condiciones de admisibilidad".

Y la carta del 10 de Enero de 1928 repite en el artículo 8° textualmente la misma disposición de la anterior.

En Venezuela, la Constitución no acuerda a todos los habitantes el ejercicio de iguales derechos y garantías que a los ciudadanos, pues el artículo 22 garante a estos la vida, la propiedad, la inviolabilidad de la correspon-

dencia, del hogar, la libertad personal, la de pensamiento, de tránsito; de trabajo, de reunión, de petición, de sufragio, de enseñanza religiosa, etc.

Es indudable que si el ejercicio de estos derechos fundamentales no es acordado a los extranjeros, menos lo han de ser otros que quedan reservados, con mayor razón, sólo al nacional. Es lo que ocurre con la función pública, vedada al extranjero en forma tácita por el artículo 22 de la constitución.

En Costa Rica, la Constitución tampoco establece en forma expresa por quienes podrán ser desempeñados los cargos públicos; pero el artículo 12, que trata de los extranjeros, no dice tampoco que estos tengan derecho a la función pública sino solamente a ejercer su industria y comercio, poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos, navegar los ríos y costas, ejercer libremente su culto, testar y casarse conforme a las leyes.

país!
o tiene
o nullo
de su
Y en Estados Unidos, la carta política de aquel gran país que en buena parte sirvió de modelo a la nuestra, guarda significativo silencio al respecto. El secreto está en lo que dispone la atribución 18 de la sección 8a. -análoga al inciso 23 de nuestro artículo 67- para que el Congreso dicte "todas las leyes que sean necesarias y convenientes para llevar a ejecución los antedichos poderes y todos los otros poderes concedidos por esta Constitución al gobierno de los Estados Unidos o a cualquiera de sus departamentos o empleados".

Veamos ahora cómo se ha encarado el asunto en Europa, tanto en los viejos como en los modernísimos Estados creados después de la guerra de 1914-18.

En Alemania, el artículo 128 de la Constitución del 11 de Agosto de 1919, prescribe que "todos los ciudadanos sin distinción son admisibles a los empleos públicos a tenor de las leyes y según su capacidad y sus servicios". Por el artículo 16 se declara que "los funcionarios a quienes esté inmediatamente confiada en los Estados la administración pública, deberán ser, por regla general, súbditos del Estado de que se trate. Los funcionarios, empleados y obreros de la administración nacional deberán ser destinados, si así lo desean, a los territorios de que sean naturales siempre que sea posible, teniendo en cuenta la capacidad de los interesados y las necesidades del servicio".

Nótese que esta Constitución no pertenece a un Estado con gobierno de derecha sino que fué sancionada para la primera república socialista, cuya primera magistratura fué desempeñada por Ebert, antiguo obrero talabartero. Sin embargo, las disposiciones transcritas de carácter nacionalista y localista, encajan perfectamente en un régimen de gobierno totalmente contrario al de 1919.

La Constitución de Baviera, de 14 de Agosto de 1919, dispone en el artículo 68 que "no se puede nombrar para un empleo público a quien no posea con cinco años, por lo menos, de anterioridad, la nacionalidad alemana. No cabrán más excepciones que las acordadas por el Consejo de Minis-

tros^{os}.

En Prusia, la Constitución de 30 de Noviembre de 1920, establece en el artículo 77 que "pueden ser nombrados funcionarios del Estado todos los ciudadanos alemanes, cualquiera que sea su sexo y su profesión anterior, siempre que posean las calidades que el cargo requiera. La ley especificará qué condiciones se exigen para las diversas funciones".

En Dinamarca, la constitución del 5 de Junio de 1915, con las modificaciones introducidas en Septiembre 10 de 1920, establece que "no podrá ser nombrado funcionario el que no goce del derecho de ciudadanía" y que los designados deben prestar juramento de respetar la constitución.

En Checoeslovaquia, formada por nacionalidades completamente distintas, la Constitución de 29 de Febrero de 1920, en el artículo 128, párrafo 2º, establece que "la religión, la creencia, la confesión ni la lengua de los ciudadanos pueden ser jamás un obstáculo, en los límites fijados por las leyes generales en lo que afecte a la admisión a los empleos públicos y honoríficos, o al ejercicio de las diferentes profesiones o industrias". Esta es, simplemente, una declaración de igualdad ante la ley para todos los ciudadanos y no para todos los habitantes, por lo que los extranjeros tienen en su condición de tal un impedimento para ser admitidos a los empleos públicos y honoríficos o al ejercicio de las diferentes profesiones o industrias.

En Grecia, la constitución de 2 de Junio de 1927, en

el artículo 6º, establece: "Los destinos públicos son únicamente asequibles a los ciudadanos helenos, salvo las excepciones previstas por leyes especiales".

En la España monárquica, "el derecho a la obtención de los cargos públicos, concede a todos los ciudadanos sólo por serlo (art. 15. de la Constitución), el de ser admisibles a todos los empleos y cargos de la administración pública según su mérito y capacidad, pudiendo, en consecuencia, aspirar al desempeño de aquellas funciones oficiales para las que reúnan la aptitud legal necesaria que exija la naturaleza de los respectivos servicios públicos".⁽¹⁾

Y en la España republicana, el artículo 2º de la Constitución del 9 de Diciembre de 1931 proclama que solamente los españoles son iguales ante la ley y en el 40 que "todos los españoles, sin distinción de sexo, son admisibles a los empleos y cargos públicos, según su mérito y capacidad, salvo las incompatibilidades que las leyes señalen".

En Francia, ya la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en el art. 14 expresaba que sólo los ciudadanos tienen derecho "de saber de su empleo" y la constitución de 1848 proclamó la admisión de únicamente los ciudadanos, habiendo reglamentado en diversas leyes

(1) Enrique Mhartin y Guix, "Derechos y deberes de los funcionarios públicos del Estado, de la provincia y del municipio", Madrid, 1906, pág. 30.

posteriores no solamente el acceso de los extranjeros a las funciones públicas, sino el ejercicio de diversas profesiones como la de agente de aduana, porteador, comisionista de transportes, director, administrador o empleado de agencias de informaciones o agencias que se ocupen de inmigración, empresas de seguros, cafetero, tabernero, etc.
 (1)
 etc.

En la disuelta monarquía dual austro-húngara, la ley del 25 de Enero de 1914 decía que "para el cargo de empleado público puede ser nombrado solamente un ciudadano con antecedentes insospechables, si posee las cualidades indispensables para el desempeño de las funciones", etc. En Austria moderna, la constitución del 30 de Abril de 1934, en el título II, art. 16, inciso 3º dispone que "todos los ciudadanos de la Federación, leales a su patria, que reúnan las condiciones prescriptas, podrán optar a los cargos públicos".

En Italia, el artículo 1º de la ley de 28 de Junio de 1908 exige, para ser nombrado en un empleo civil del Estado, ser ciudadano italiano.

En Finlandia, el artículo 84 de la Constitución de 17 de Julio de 1919, reserva al ciudadano el desempeño de los cargos públicos.

La Constitución portuguesa del 14 de Marzo de 1933

(1) Boletín de Documentos Parlamentarios, año 1921, tomo XX.

declara en el artículo 5° la igualdad ante la ley de los ciudadanos y en el párrafo siguiente establece que este derecho implica el de ser promovido para los cargos públicos.

La Constitución del Estado Libre de Irlanda, del 6 de Diciembre de 1922, si bien es cierto que no dispone expresamente quienes pueden ser llamados al desempeño de los cargos públicos, se refiere siempre al ciudadano irlandés en el capítulo relativo a los derechos y garantías.

En la Rusia soviética, la Constitución de 10 de Julio de 1918 revisada el 11 de Mayo de 1925, niega los derechos individuales. La función pública es asequible a los ciudadanos de la República Socialista Federativa Soviética Rusa sin distinción de sexo, de confesión, de raza, de nacionalidad, de domicilio, etc. (artículo 68), con excepción de las personas a que se refiere el artículo 69.

En Lituania, la Constitución del 15 de Mayo de 1928, tampoco dispone nada en forma expresa acerca del desempeño de cargos públicos, pero es de notar que todos los derechos individuales se reconocen sólo a los lituanos. (Todos los lituanos son iguales ante la ley, la persona y el domicilio del ciudadano son inviolables; la libertad de palabra y de prensa del ciudadano está garantizada; la libertad de reunión y de asociación de los ciudadanos... etc. etc.) Por consiguiente el derecho a la función pública sólo a los lituanos puede serle reconocido.

En Rumania, el artículo 8° de la Constitución de

Marzo de 1925, dispone que "sólo ellos (los ciudadanos) son admisibles a las funciones y dignidades públicas civiles y militares. Leyes especiales determinarán el estatuto de funcionarios. Los extranjeros no pueden ser admitidos a las funciones públicas sino en casos excepcionales especialmente determinados por la ley".

En Polonia, el artículo 96 de la Constitución del 1º de Marzo de 1921, dice: "Todos los ciudadanos son iguales ante la ley. Son igualmente admisibles a todas las funciones públicas, en la medida de las condiciones fijadas por la ley".

En Yugoslavia, la Constitución del 28 de Junio de 1921, en el artículo 19, dispone: "Todos los empleos en todas las ramas de la administración son igualmente accesibles, en condiciones legales, a todos los individuos de origen serbio croata esloveno, ciudadanos de nacimiento o por naturalización. Los otros ciudadanos naturalizados no pueden ser admitidos a una función pública más que si están domiciliados hace diez años en el reino o provistos de una autorización especial del Consejo de Estado concedida a propuesta motivada del ministro competente". En otras palabras: los ciudadanos de las tres nacionalidades que constituyen el yugoeslavo actual, ya sean nativos o naturalizados por virtud del tratado que convirtió la antigua Servia en la nueva Yugoslavia, tienen derecho a la función pública. Y ese derecho es negado no sólo a los extranjeros sino también a los ciudadanos naturalizados de otro origen que serbio, croata o esloveno, que no

tengan por lo menos diez años de ejercicio de la ciudadanía.

La Constitución de la Ciudad Libre de Dantzig de Mayo de 1922, establece en el artículo 91 que "todos los dependientes del Estado, hombres y mujeres, son admisibles a las funciones públicas, según sus aptitudes y las capacidades que han de demostrar".

En Suiza, por la ley del 24 de Octubre de 1930, pueden ser funcionarios todos los ciudadanos suizos que tengan buena conducta.

Y por último -para terminar con este ya extenso capítulo- en Turquía, la Constitución del 20 de Abril de 1924 en el artículo 92 establece que "todo turco en el goce de sus derechos políticos puede ser empleado al servicio del Estado, según sus aptitudes y capacidad".

Como se ha visto, la regla general es que la función pública se reserva al ciudadano, y la excepción -bien rara, por cierto- la constituye el derecho que se acuerda al no nacional, al extranjero, para ser admitido en los puestos públicos.

- VII -

LA IDONEIDAD ESPECIFICA

La Constitución Nacional reglamenta los requisitos necesarios para el desempeño de funciones electivas de primer grado (diputados), de segundo grado (presidente y vice de la Nación y senadores nacionales), y de tercer grado (jueces de la Suprema Corte), en los artículos 40, 76, 47, 65 y 97, respectivamente; pero no tiene ninguna exigencia para los funcionarios y empleados cuyo nombramiento autoriza el artículo 86 en los incisos 1º, 5º (en lo que respecta a los tribunales federales inferiores), 8, 10, 16 y 22; el artículo 58 (atribuciones de cada Cámara legislativa para darse su reglamento y nombrar sus empleados); el artículo 99 y ni siquiera para los ministros del Poder Ejecutivo a que se refiere el artículo 87.

Como el artículo 16 de la Constitución proclama que todos los habitantes son admitidos en los empleos sin otra condición (sin otra "consideración", decía la constitución primitiva de 1853) que la idoneidad y como los

derechos de que gozan los habitantes son conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio (artículo 14), habría sido necesario que el Parlamento -de acuerdo con la facultad que le confiere el artículo 67, inciso 28- indicara claramente los alcances que tiene la palabra "idoneidad", para saber con exactitud cuales son los requisitos que han de exigirse a los que pretendan ingresar a la administración pública y también para evitar la arbitrariedad que puede llegar a cometerse en ausencia de disposiciones expresas.

El Congreso nunca reglamentó en un cuerpo general lo relativo a los empleos públicos, a pesar de las indudables conveniencias que existen y siempre hubo para que así lo hiciera y no obstante los muchos proyectos presentados por legisladores y distintos Ejecutivos en ese sentido y los petitorios formulados por sociedades, ligas y otras entidades de carácter privado.

En cambio, lo hizo aisladamente para funciones que
(1)
en cada caso la ley determina.

Fuera, pues, de los empleos -pocos en cuanto al número, dado que generalmente se trata de cargos muy importantes- establecidos en esas leyes, el resto de los pertenecientes a la administración y a los poderes legislativo y

(1) Véanse, entre otras, las leyes citadas en las páginas 38 a 41.

judicial y de las reparticiones autárquicas, no están sujetos a reglamentos generales.

Es así como reina la más completa anarquía en esta materia, pues los nombramientos se hacen en muchos casos por mera complacencia amistosa y con abstracción de las aptitudes del candidato ⁽¹⁾ o sujetos, en otros, a ciertos requisitos y condiciones que establecen las reparticiones u oficinas, cuando el interés de una labor eficiente y delicada exige empleados aptos.

Las influencias, los "padrinos", los pedidos directos son hoy todavía, no obstante el optimismo de Elías Bret ⁽²⁾, los procedimientos a que más frecuentemente se recurre para hallar las piezas inteligentes, al decir de Bielsa, de la enorme máquina burocrática.

Claro está, desde luego, que cuando se hace un nombramiento en esas condiciones, de modos tan censurables, no se puede decir que quien los hace falta o quebranta una ley que no existe; pero sí se falta a un elevado y sano concepto respecto de lo que debe ser la función pública.

Este no es un mal que nos afecte a nosotros en forma privativa, pues es padecido en todo el mundo, aunque

(1) "Por favor se entra al empleo y por favor se queda en él. Cuando más, se le exige una regular ortografía y se le admite, aun cuando su escritura haga ilegibles los documentos que pasan por su mano". (Santiago Alcorta, "De los empleados públicos", en Revista de Derecho, Historia y Letras, tomo 12, pág. 481).

(2) "Legislación del empleado público", pág. 25.

en muchos países se trató, con éxito relativo, de ponerle remedio.

(1)
 Recaredo F. de Velasco Calvo cita las formas que Royo Vilanova conoce, históricamente, para la designación de los funcionarios. Son ellas: 1°) la herencia; 2°) la venalidad; 3°) el sorteo para ciertos cargos concejiles; 4°) la elección; 5°) la accesión o cuasi accesión; 6°) el nombramiento personal hecho por el jefe de la administración, libremente o condicionado a ciertos requisitos; 7°) la conscripción, y 8°) el arriendo, por el cual una persona o una sociedad se encarga a título oneroso de un servicio público.

Conviene saber cuál es la naturaleza jurídica de la función pública, pues de acuerdo a ella cualquiera de las ocho formas anteriormente descriptas -u otras más- podría ser la más arreglada a derecho.

(2)
 Goodnow la define como un derecho conferido o un deber impuesto por la ley a una o varias personas para contribuir a la ejecución y aplicación de la ley.

Este autor distingue entre funcionarios y empleados y como a nosotros nos interesa la función de acuerdo con el concepto expresado en la primera parte de este trabajo, es decir, burocrático, de acuerdo con la definición

(1) "Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración", tomo I, pág. 373.

(2) Francisco J. Goodnow, "Derecho Administrativo comparado", tomo II, pág. 1.

que antecede resulta que se trata de un derecho conferido.

(1)

Para J. Meyer es un contrato bilateral de prestación de servicios, del cual nacen derechos y deberes correlativos.

(2)

Para Enrique Mhartin y Guix de un contrato de mandato, por el que se obliga todo ciudadano a prestar los servicios inherentes al destino para que ha sido nombrado por la administración -que es la otra parte contratante- mediante la prestación o promesa del sueldo, retribución y demás derechos que le asistan con arreglo a las disposiciones vigentes o a las que para cada caso particular se dicten, que son los pactos del contrato.

(3)

Félix Sarría la define diciendo que la función pública no es sino el ejercicio de una porción de soberanía y ésta sólo puede emanar de la ley, que a su vez es expresión genuina de la voluntad soberana en general y del pueblo, por medio de sus representantes. Desecha por lo tanto la concepción "civilista" que pretende asimilar la relación jurídica del funcionario y del Estado a los otros contratos de derecho privado como el mandato, la locación, etc.; la de los que sostienen que se trata de una relación de derecho público, etc. luego de examinar cuidadosamente

(1) "La administración y la organización administrativa", pág. 322.

(2) "Derechos y deberes de los funcionarios públicos del Estado, de la provincia y del municipio", pág. 8.

(3) "Estudios de derecho administrativo", pág. 139.

los caracteres que presentan las instituciones de derecho público y privado.

Para Juan Bautista Arcioni y José María Garciarena ⁽¹⁾ la función pública es el conjunto de atribuciones que el Estado confiere a una persona física para realizar sus fines, fines públicos que son el interés jurídico de la colectividad.

Para Velasco Calvo hay tres teorías que definen la naturaleza jurídica de la función pública: 1°) la unilateral, de acuerdo con la cual el Estado asume todos los derechos y el funcionario ejerce todos los deberes; 2°) la contractual, por la que Estado y funcionario tienen derecho y deberes que cumplir en forma recíproca; y 3°) la estatutaria, por la que el servicio se impone sin retribución.

⁽²⁾ Ludwig Spiegel no define, pero dice, siguiendo a Mayer, que "se trata de una cuestión de derecho político, lo mismo que la constitución".

Para José Antonio Mora ⁽³⁾ que tampoco define, la función pública comporta para quien la desempeña deberes a que no están sujetos los empleados privados, por el carácter que inviste.

De acuerdo con todas estas definiciones y conceptos, si nadie tiene derecho subjetivo de ser nombrado para

(1) "Nociones de derecho administrativo", pág. 317.

(2) "Derecho administrativo", colección Labor, tomo 342, pág. 68.

(3) "Deberes de los funcionarios", pág. 19.

una función y ya sea que el Estado confiera un derecho a quien desempeña la función pública, que contrate libremente con él o que proceda éste ejercitando una porción de soberanía, surge de manera indubitable la necesidad de que el funcionario reúna determinadas condiciones y aptitudes para usar el derecho que se le confiere, o el ejercicio que practica, condiciones y aptitudes de las cuales no puede prescindirse, so pena de que la función no se realice o se desempeñe mal.

Si estas condiciones no las señala el Estado de manera expresa y general, para todos los casos, por medio de los órganos que la Constitución establece, ¿significa que no son necesarias y que todos los habitantes del país están igualmente capacitados para el desempeño de los cargos públicos?

Es evidente que no, que la idoneidad a que se refiere el artículo 16 de la Constitución es un derecho que debe ser reglamentado y que la falta de reglamentación no implica que no ha de examinarse la competencia del candidato a funcionario.

¿Cómo puede ser demostrada la idoneidad? Por la presentación de un título que la ley reglamentaria correspondiente considere suficiente, en virtud de ser expedido por escuelas especialmente destinadas a la preparación de los funcionarios, y por exámenes y concursos o por unos y otros medios conjuntamente.

Nuestro régimen de enseñanza, en sus tres ciclos, no cuenta con establecimientos oficiales donde puedan ser preparados los futuros funcionarios de la administración civil. (1)

Las fuerzas armadas y los cuerpos de policía y bomberos de la Capital Federal, dan preparación en institutos propios a los jóvenes que, reuniendo las condiciones exigidas en los mismos, han de formar a su egreso en los cuadros de oficiales, o completarán el escalafón como

(1) La primera escuela preparatoria de empleados administrativos se creó hace algo más de cien años por el Banco Nacional y cuyo programa de estudios todavía hoy puede considerarse completo para los empleados de inferior jerarquía.

Con referencia a esa escuela, transcribo íntegramente el siguiente decreto del gobierno nacional de fecha 9 de Mayo de 1826: "Penetrado el gobierno de la importancia de los objetos que se ha propuesto el Banco Nacional cuando ha acordado el establecimiento de una academia para sus empleados, en la que se dictará un curso completo de contabilidad bajo la dirección del acreditado profesor M. Brodart, que abrace la aritmética, el álgebra, teneduría de libros, operaciones de Banco, letras de cambio y billetes, pesas y medidas, monedas y lingotes, correspondencia oficial y particular y un breve tratado de la moral del establecimiento del Banco, sus relaciones con la sociedad; de acuerdo con los sentimientos generosos de los señores directores y deseando que se generalicen dichos conocimientos, y que se pueda por la posesión de ellos, arribar a uniformar y regularizar las operaciones simultáneas del Banco con las de la Administración de las rentas públicas, ha acordado y decreta: Art. 1°.- Todos los empleados subalternos del Ministerio de Hacienda y oficinas de contaduría, colectoría y recaudación de la Capital, seguirán el curso de contabilidad en la Academia del Banco Nacional. Art. 2°.- Se acuerdan sobre el Tesoro Público 300 pesos anuales de gratificación al profesor Mr. Brodart, sobre el sueldo que perciba del Banco Nacional. Art. 3°.- El ministro de hacienda queda encarga-

suboficiales o artesanos (mecánicos, electricistas, etc.), salvo las profesiones conexas a la militar (médicos, abogados, contadores, veterinarios, etc.) que por su naturaleza y por el exiguo número de empleos que la ley de presupuesto prevé, no se ha considerado necesario que su enseñanza sea impartida en institutos militares.

Por otra parte, en todos los países, aún en los más pobres y de menor importancia, el Estado se ha reservado el derecho de seleccionar el personal de la administración militar entre los egresados de establecimientos de enseñanza que sostiene a ese único fin.

Por lo que hace a la administración civil, en escuelas, colegios e institutos universitarios y en establecimientos de carácter privado, se imparte enseñanza con el propósito de habilitar para el desempeño de determinadas funciones en la docencia, en las carreras diplomática y consular, etc., aunque la presentación del título que esos establecimientos acuerdan no comporta para el Estado la obligación -salvo en lo que respecta a los maestros de escuelas primarias- de no designar a otras personas que no los posean. Es necesario que el Estado reconozca en forma efectiva -y forma efectiva es el nom-

do de la ejecución de este decreto, que se insertará en el Registro Nacional. Rivadavia. Salvador María del Carril^o. (Registro Nacional, tomo I, pág. 127).

bramiento mismo- los títulos que otorgan las escuelas e institutos a que nos estamos refiriendo,

Es un error que no se aprovechen los beneficios que reportan a los funcionarios, y por ende a la administración esos institutos y que el Estado esté contribuyendo a crear núcleos de gente que no obstante su capacidad, no ha de tener cabida en los escalafones de la administración civil.

En esta materia tenemos una pobre experiencia, pues se han establecido escuelas para la formación de más de una categoría de funciones y la corruptela de nombrar a personas no egresadas de ellas ha llegado a eliminar a los diplomados y a suprimir las escuelas.

El estatuto del funcionario, cuya sanción es indispensable, debe determinar qué estudios oficiales deben cursarse para obtener la idoneidad que se estime necesaria para distintos empleos y para evitar también que en tales institutos se imparta cultura de colección, de enciclopedia. La más ajustada y útil ilustración para el cargo que se ha de llenar, debe ser la principal exigencia, sin perjuicio, desde luego, de perfeccionar la instrucción con otros conocimientos de carácter general.

Es así como deben existir, con carácter oficial, escuelas o cursos preparatorios administrativos con enseñanza mínima común, uniforme, y con secciones superiores especiales para los puestos que requieran también aptitudes

especiales en quienes los desempeñan.

Pero mientras no existan los establecimientos que tengan a su cargo tales cursos, la presentación de un diploma expedido por una universidad, escuela, instituto o colegio nacional, debe ser la exigencia mínima del Estado con respecto a sus servidores, ⁽¹⁾ pues aunque el título por si mismo no da a su poseedor aptitud ninguna, acredita lo que no pudo demostrar oficialmente el que no lo tiene: su conocimiento de ciertas materias en la ciencia o arte a que se refiere el diploma.

No sin cierta sorna y en forma asaz implacable suele a menudo juzgarse la aptitud de los diplomados, al par que una labor idéntica o aún inferior efectuada por una persona sin título se mira con buenos ojos y con una excesiva condescendencia que resulta injusta. Esta conducta traduce un estado de fobia contra los profesionales que ostentan un título tanto más injustificada cuanto que provienen de personas que no se encuentran en igual situación que aquellos y que en su fuero íntimo desearían para si mismos lo que en apariencia demuestran desdeñar.

Por eso, a los que juzgan irónicamente la idoneidad a través de un título hay que recordarles que, a priori,

(1) Así lo dispone con respecto a algunas profesiones la ley 4560, del 16 de Junio de 1905, cuyo artículo 1º dice: "Desde la promulgación de esta ley, el Poder Ejecutivo y los tribunales de la Nación no conferirán cargo, empleo o comisión en los ramos de ingeniería civil, mecánica, arquitectura, química, agronomía y agrimensura, sino a los diplomados por las universidades y escuelas especiales de la Nación, o a los que revaliden su título extranjero de acuerdo con las disposiciones vigentes.

tienen los graduados más capacidad que los no recibidos y que si aparentemente puede resultar fácil la obtención de un diploma, mucho más fácil es no obtener ninguno.

Es evidente también que la sola exigencia del título puede no ser suficiente prueba de idoneidad, pues como con acierto lo sostiene el doctor Alfredo Colmo, ⁽¹⁾ la apreciación de los títulos es tan compleja y sutil que, salvo situaciones muy excepcionales, puede autorizar la postergación de toda una serie de condiciones por otras bien aisladas, o anteponer merecimientos secundarios a otros principales.

A esa exigencia, entonces, conviene agregar otra: la del concurso de oposición o de méritos entre todos los aspirantes que tengan el mismo título y el de aptitudes y títulos para quienes posean más de uno.

El título y el examen son, en nuestra opinión, requisitos antagónicos, pues el segundo puede significar en muchos casos una pretendida revisión del primero.

El concurso de oposición tiene sobre el de méritos ventajas indudables. De los que participan con igual título en una misma prueba eliminatoria, el vencedor debe ser, lógicamente, el de más aptitudes en ese instante en que debe ejercerse la función; mientras que el concurso de méritos puede no acreditar en forma real la competencia que se posea en ese mismo momento. Tal ocurriría, por ejemplo, en el caso de un profesional egresado de un instituto diez o quince años atrás, calificado por sus profesores

(1) "La Justicia", pág.

con un bajo promedio de puntos pero de eficiente y brillante actuación en la práctica, que debiera ser juzgado en cuanto a méritos con otro profesional recientemente egresado y de mayor puntaje en el promedio de calificaciones, aunque sin aquella actuación práctica.

Es evidente que juzgados por los conocimientos teóricos adquiridos y cuyo índice lo dan las diferentes calificaciones, el segundo tendría más méritos que el primero; pero como en el desempeño de una función la repetida ejecución de los conceptos teóricos perfecciona y concluye la educación adquirida en la escuela, resulta indudable que aquél estaría muy por encima de éste.

El concurso por oposición exige conocimiento actual; el de méritos en muchos casos puede significar que se pesan los que se han tenido en época tal vez lejana, pero que ya no se tienen.

Sin embargo, tanto uno como otro requieren seriedad y alta moral en quienes los organizan y en los jurados que deben pronunciar su veredicto con equidad y buena fe. Los serviles y pobres de espíritu deben ser alejados de las tareas de organización y de calificación, pues hacen descender a este excelente procedimiento selectivo a la categoría de una torpe y grotesca mascarada que sirve, no obstante, de escudo a los ineptos que son apañados por superiores inescrupulosos. (1) Estos últimos consiguen así a-

(1) Así también lo considera Bielsa cuando dice que hay concursos que no tienen otro objeto que encubrir un acto de favoritismo. ("La función pública en la época actual", pág. 16).

traer y sorprender en su buena fe a los que con su intervención abonan y realzan las pruebas de un concurso simulado, poniendo sus hombres para que trepen los incapaces que, en el desempeño de sus cargos estarán muy lejos de ser verdaderos funcionarios: a lo sumo serán serviles mandaderos de sus protectores y tal vez, por eso mismo, posibles jurados en futuros simulacros de concurso.

En un concurso honesto es menester que antes que la inscripción de los participantes se efectúe queden definitivamente establecidas las bases y pruebas a que aquellos se someterán, pues si se dan a conocer luego de anotados los aspirantes siempre resultará tarea fácil para los desquiciadores eliminar a los que se tiene el propósito de impedir que lleguen.

Siempre que sea posible, el concurso debe ser por escrito, pues, como dice Chavez ⁽¹⁾ recordando el adagio latino de "verba volant, scripta manent", los escritos subsisten, mientras que las palabras desaparecen. Con el procedimiento de hacer pruebas escritas se logra que las calificaciones sean objetivas y desapasionadas, sin necesidad de ver a los sustentantes y aun sin conocer sus nombres; y los testimonios de la labor de cada uno, lo mismo que los que acrediten de qué modo los calificaron sus jueces, podrán revisarse.

(1) Ezequiel A. Chavez, "La organización del servicio civil", pág. 59.

Los resultados que se han obtenido en concursos serios son excelentes y en nuestro país el sistema que ya se utiliza en muchas dependencias -incluso en la Municipalidad de la Capital- debiera extenderse en forma obligatoria a toda la administración nacional y a las provinciales y comunales, para todos los cargos de carácter no político o de gobierno y donde el ascenso no corresponda.

El nivel cultural y moral de los funcionarios y el rendimiento del trabajo serían, así, muy superiores a los actuales, aunque estamos de acuerdo con Bielsa y otros autores respecto de una previsión más para lograr aquellos fines: el término de prueba, de lo que nos hemos de ocupar más adelante.

En algunos proyectos presentados al Parlamento se establece cómo se acreditará la idoneidad. Así -examinando solo los más recientes- el ya recordado del diputado Marcelo T. de Alvear ⁽¹⁾ disponía en el artículo 2º, inciso 3º, como requisito para el nombramiento, ser aprobado en un examen o concurso de competencia. "La posesión de un título -agregaba el inciso- universitario, técnico o que pruebe conocimientos adecuados, podrá suplir el examen de admisión".

El proyecto del diputado Bas ⁽²⁾ exigía en el artículo 3º competencia para el puesto, dejando que el Poder Eje-

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1915, tomo I, pág. 20.

(2) Id., año 1915, tomo I, pág. 43.

cutivo, en el decreto reglamentario correspondiente, indicara la forma y el procedimiento de acuerdo con los cuales dicha competencia sería demostrada.

El del Poder Ejecutivo de 1915⁽¹⁾ en el artículo 3° exigía la comprobación de la idoneidad por medio de títulos profesionales, exámenes o concursos de competencia.

El proyecto del diputado Amancio González Zimmermann de 1921⁽²⁾ requería en el artículo 2° inciso f) que el aspirante fuera aprobado en un examen o concurso de competencia, pero "la posesión de un título universitario, técnico o que pruebe conocimientos adecuados, podrá suplir el examen de admisión".

Exactamente igual disposición contiene el proyecto del diputado Adrián C. Escobar, presentado en 1922⁽³⁾ y el del Poder Ejecutivo de 1927.⁽⁴⁾

El proyecto del diputado Roberto J. Noble exigía en el artículo 2° que la idoneidad se demostrase en un examen de competencia, estableciendo el artículo 3° una serie de preferencias entre los que resultaran aprobados con igual clasificación.

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1915, tomo II, pág. 484.

(2) Id., año 1921, tomo IV, pág. 245.

(3) Id., año 1922, tomo II, pág. 254.

(4) Id., año 1927, tomo II, pág. 171.

(5) Id., año 1932, tomo II, pág. 662.

(1)

El proyecto del senador José Nicolás Matienzo presentado el 3 de Mayo de 1932, establecía en el artículo 1° que para ser empleado civil se requiere tener el minimum de instrucción fijado por la ley de educación común, si el empleo es de categoría inferior, y ser aprobado en un examen de competencia especial, tratándose de empleos superiores al de escribiente, con excepción de los que posean título universitario u otro de estudios superiores adecuados.

(2)

El proyecto del diputado Manuel A. Fresco, de 1933, también requería, en el artículo 2°, inciso e), la aprobación del candidato en un examen o concurso de competencia agregando que estos "no serán necesarios en los casos en que el aspirante posea título universitario, técnico o que pruebe conocimientos adecuados".

También el proyecto del diputado Juan A. Solari, de (3) 1933, en el artículo 6° inciso f) contenía la exigencia del examen o concurso de competencia.

Por último, el proyecto sobre servicio civil, del Poder Ejecutivo, que lleva las firmas del presidente Justo y del ministro del Interior Ramón S. Castillo, remiti-

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1932, tomo I, pág. 300.

(2) Id., año 1933, tomo I, pág. 880.

(3) Id., año 1933, tomo III, pág. 458.

(1)
do al Senado en 1936, disponía en el artículo 13, inciso IV, que "en cualquier caso, sólo podrá tener acceso a los empleos públicos, sea por ingreso o por promoción, cualquiera sea el cuerpo y la categoría de que se trate, quien haya acreditado debidamente las mejores condiciones de eficiencia, no pudiendo prevalecer sino en caso de empate otras circunstancias, como la antigüedad, el estado civil y las cargas de familia".

La ley provincial de Córdoba N° 3657, sancionada el 21 de Diciembre de 1935 y promulgada el 7 de Enero de 1936, pero cuyos efectos fueron suspendidos por decreto del actual Poder Ejecutivo, exige en el artículo 3° inciso f) solamente un examen que debe ser prestado ante una comisión.

El Congreso del Empleado Público reunido en Buenos Aires en 1927, aprobó una conclusión anodina, pues en ella sólo se pide el establecimiento de reglas que aseguren la elección de los más aptos hasta tanto se creen institutos especiales destinados a la enseñanza de los conocimientos y práctica administrativa. (2)

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, año 1936, tomo II, pág. 216.

(2) Edison P. Podestá, "Estabilidad y escalafón en la carrera administrativa".

En otras legislaciones se estudió también la cuestión de la competencia y la manera cómo debe ser acreditada.

Así -para citar sólo algunos países- en Estados Unidos la ley de 16 de Enero de 1883, de nombramientos, creó una comisión de tres miembros designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, la cual dictaminó en el sentido de que se organizaran oposiciones para empleos que pudieran ser provistos por ese medio, las cuales consistirían en exámenes de carácter práctico, relacionados a asuntos que pongan a prueba la capacidad e idoneidad de los examinados. Las vacantes se cubrirían así por los que hubieran obtenido mayores clasificaciones y los nombramientos tendrían carácter de provisorios para convertirse en definitivos una vez que hubiera transcurrido un corto término de prueba.

En Francia, una ley de 1920 prescribe que los aspirantes a funcionarios acreditarán sus aptitudes por medio de exámenes y concursos, recibiendo, los que resultaran aprobados, un nombramiento a prueba.

En España, bajo el régimen monárquico, la ley del 22 de Julio de 1918 y el reglamento del 7 de Septiembre del mismo año, establecieron, hasta el advenimiento de la República, la forma y las condiciones en que el ingreso a la administración se produciría. En ella se establecía que la comprobación de la competencia se haría por medio de concurso en el que sólo podrían intervenir los

que egresaran de un instituto de enseñanza superior.

Volviendo al tema y encarando la cuestión desde otro punto de vista, diremos que la preparación adecuada para el buen desempeño de la tarea no excluye, como requisito de idoneidad, la preparación física con relación a esa función.

Esto significa que una buena salud y una relativa perfección física con respecto a cada función, son condiciones que hacen a la idoneidad.

La buena salud en general favorece la eficacia con que se realiza una labor y otras razones de carácter eugenésico pueden proclamar también su exigencia. Sin embargo y mientras no se trate de enfermedades infecto-contagiosas que pongan en peligro la salud y la vida de las personas que deben tratar con el empleado, o de dementes o individuos que presentan caracteres morbosos -de lo que nos ocupamos en el capítulo subsiguiente- somos de opinión que sólo puede ser causal de impedimento para la admisión al ejercicio de funciones públicas la mala salud o la imperfección específicas.

Así, no debe considerarse motivo suficiente para impedir el ingreso a un puesto de telefonista -que por la naturaleza del servicio a ejecutar obliga a quien lo presta a estar sentado- la cojera, la parálisis, y quizá la amputación de una pierna, aunque lo sería en otras funciones; ni la insuficiencia cardíaca en un profesor aunque es evidente que lo sería en un aviador y tal vez en un bombero, etc.

En casi todos los países que intervinieron en la última gran guerra de 1914-18, se dictaron medidas tendientes a evitar que los lisiados pudieran ser excluidos de las funciones para las que tuvieran aptitud o que, en el orden privado, su imperfección física fuera motivo de una rebaja en los salarios. Y aún llegó a disponerse, como en Francia, ⁽¹⁾ la obligación de admitir un mutilado de la guerra por cada diez empleados o fracción, con la expresa prohibición de pagarse menores sueldos que los normales.

Es natural que presenta mejor aspecto y predispone en su favor la oficina cuyos empleados son sanos y de perfección física normal; pero esas por si mismas no son razones suficientes para que se cierren las puertas a los que, siendo aptos para una función, deben vivir en precarias condiciones de salud y sobrellevando, por eso mismo, una existencia ingrata.

Y los que teniendo la suficiente preparación para el buen desempeño de un cargo carecen, sin embargo, de la aptitud física necesaria para ejercitarlo, evidentemente no pueden ser admitidos en las funciones públicas.

Se trataría, pues, de una cuestión subjetiva y objetiva a la vez, analizando en cada caso particular lo que la función exige y comprobando si los futuros funcionarios reúnen las condiciones físicas consideradas como indispensables.

 (1) Véase "Boletín de Documentos Parlamentarios", tomo XXI.

La exigencia del examen médico viene a resultar así justificada para tener la seguridad de que los que se inician en la carrera administrativa son físicamente aptos; y si bien esta aptitud puede perderse una vez que el ingreso tuvo lugar, la precaria salud de un antiguo funcionario no puede ser invocada como argumento en favor de un aspirante inapto.

- VIII -

LA EDAD.

Para el buen desempeño de una función pública es necesario no sólo tener la debida idoneidad sino también inteligencia, reflexión, suficiente discernimiento, madurez de juicio, criterio sano, claro y equitativo respecto de las cosas, hechos y actos, y también cierta capacidad de trabajo.

¿Cuál es la edad en que el ser humano empieza a gozar de todas estas aptitudes espirituales y físicas?

La biología y la medicina nos dan, con opiniones y concretos interesantísimos, noticia de la formación, desarrollo y declinación de la inteligencia, la luz divina con que Dios iluminó el cerebro del hombre para elevarlo a la alta jerarquía que ocupa en la Creación.

El derecho -y su manifestación más inmediata, la ley- ha recogido de aquellas ciencias las observaciones y estudios realizados para fijar las distintas épocas de la vida en que la inteligencia y el vigor físico inician

una nueva evolución o marcan un nuevo ciclo. No es, pues, por razones arbitrarias que las leyes fijan el máximo y el mínimo de la gestación, cuando ellas disponen acerca de la paternidad; o la edad en que se considera, a los efectos del matrimonio, que el varón y la mujer tienen aptitud para procrear; o cuándo se tiene discernimiento, a objeto de establecer la responsabilidad y la punibilidad civil y penal por los hechos y actos ilícitos, constituyan o no delito, o bien para acordar al individuo el derecho político de elegir sus representantes; o el momento en que se llega a la plenitud de la capacidad, para acordar más extensos derechos y fijar nuevas obligaciones en el ejercicio de todos los actos de la vida civil; o cuándo se considera llegada la madurez y conducta reflexiva para los que aspiran a ser gobernantes, etc.

De acuerdo con esos estudios y observaciones del ser humano, el legislador ha establecido en forma más o menos uniforme el comienzo y el fin de cada ciclo.

Nuestro Código Civil en el artículo 127 declara que son menores impúberes los que aún no tuviesen la edad de 14 años cumplidos y adultos los que pasen de esa edad hasta los 22 cumplidos.

La diferencia que caracteriza a unos y a otros es el discernimiento; los menores adultos lo poseen; los impúberes carecen todavía de él. Por esa razón el artículo 36 del Código Penal declara no punible al menor impúber.

El menor adulto tiene una incapacidad relativa, que cesa por completo al cumplir veinte y dos años de edad, si es que antes no ha sido emancipado civilmente por el matrimonio o - en un círculo ya más reducido- por autorización paterna para realizar actos de comercio.

Sin embargo de la emancipación por el matrimonio que produce el efecto de habilitar al menor casado para todos los actos de la vida civil, la ley establece ciertas interdicciones: sin autorización judicial él no puede en ningún caso vender o hipotecar bienes raíces aunque su valor sea ínfimo, ni vender títulos de renta, ni contraer deudas que pasen de quinientos pesos o efectuar pagos por más de mil pesos, ni tomar o acordar arrendamientos por más de tres años, ni estar en juicio civil, ni hacer transacciones o someter un negocio a árbitros; y ni siquiera con autorización judicial puede aprobar las cuentas de sus tutores, ni hacer donaciones por actos entre vivos.

La incapacidad absoluta de los impúberes, la relativa de los menores adultos y la libertad restringida que en sus actos civiles goza el menor emancipado, son vallas opuestas por el legislador a objeto de evitar que el menor de edad pueda causarse daño a sí mismo y a su patrimonio.

Y si la ley teme que el menor se perjudique a sí mis-

mo por no haber llegado a la plenitud de su desarrollo espiritual y moral, aparentemente no se ve por qué no ha de creerse también que no perjudicará al Estado en el desempeño de una función pública sobre todo desde que el menor puede obligar al Estado, actuando por él, mientras le está prohibido obligarse a nombre propio.

¿Es que son acaso menos importantes los intereses públicos que se confían a su guarda que los patrimoniales pertenecientes a su persona?

Lejos de este supuesto, por un principio elemental de derecho, la persona que actúa por otra está obligada a proceder en forma de conseguir la finalidad perseguida, sin traspasar los límites del mandato que se le ha conferido o del deber que se le ha impuesto y sin dejar de ejecutar lo que incumbiese a su función.

¿Qué razón hay, entonces, para que las leyes no reserven expresamente al mayor de edad las funciones públicas y permitan que los menores puedan también ser admitidos a desempeñarlas?

Si bien es cierto que la legislación ha establecido restricciones que afectan a los menores en virtud de no tener el mínimo de capacidad que recién se alcanza al cumplir veinte y dos años, prácticamente, y sobre todo para el desempeño de funciones modestas, los menores que ya llegaron a los diez y ocho años de edad están en condiciones de desenvolverse con eficiencia. Se ha confiado, y a nuestro criterio con razón, en que el buen juicio de los gobernantes

no habrá de permitir la designación de menores para altas funciones de responsabilidad y que, en cuanto a los puestos subalternos que están bajo la dependencia de otro ese buen juicio dirá si pueden ser desempeñados por menores.

En favor del derecho del menor se invoca por algunos autores una razón moral. Se dice que si la principal carga que sufre un ciudadano -la contribución de sangre, el servicio militar- tiene lugar durante la minoría de edad, no puede negársele el derecho a que ingrese en el servicio civil, sobre todo cuando éste exige obligaciones menos duras y aunque a veces no más importantes siempre mejor retribuidas que aquél.

Además, muchas funciones públicas requieren un aprendizaje largo, el cual debe realizarse desde modestos puestos auxiliares que no habría razón, por eso, en reservar exclusivamente a los mayores.

De otro punto de vista, sería injusto que el Estado por medio de sus órganos autorizados legislara en derecho privado en el sentido de que un factor o dependiente menor de edad obliga con sus actos a su principal, y en el derecho público se excluyese a sí mismo de una regla análoga.

El Código Civil admite tácitamente que el menor adulto no es inhábil para el desempeño de cargos públicos, porque el artículo 283 presume que los hijos de familia adultos, si ejercieren algún empleo público, están autorizados

por sus padres para todos los actos y contratos concernientes a su empleo.

La regla general fija los diez y ocho años como edad en la cual puede ingresarse a la administración, salvo para los cargos en que se requiere una edad mayor, como ocurre con los funcionarios que deben distribuir justicia, con los que están investidos de una representación diplomática o consular; con los jefes de grandes reparticiones y aun con los que sin llegar a tan altas jerarquías tienen una función de importancia que llenar.

En esos empleos los menores, aunque estén dotados de aptitudes prodigiosas, carecen de la envergadura necesaria para un correcto desempeño y su no admisión evita en muchos casos no sólo los perjuicios que acarrea la inexperiencia sino también hasta el ridículo que podría caer sobre el cargo y alcanzar a la misma administración.

Corroborar la presunción de que el legislador considera aptos a los menores que han alcanzado esa edad, lo dispuesto por la ley 4349 de jubilaciones y pensiones civiles, al computar en el artículo 26 los servicios prestados por los empleados después de cumplidos los diez y ocho años.

Además, el decreto que el Poder Ejecutivo dictó en acuerdo general de ministros en 1913, relativo a la provisión de cargos públicos, señalaba también esa misma edad mínima.

Igualmente la ley cordobesa 3657, de 1936, contiene

igual disposición, lo mismo que los distintos proyectos a que ya nos hemos referido. Como en ellos hay, respecto de este punto, absoluta unanimidad, nos abstendremos de examinarlos en detalle.

Y ahora, yendo al otro extremo en este asunto, ¿conviene que los que han llegado a cierta edad avanzada, sean admitidos en los empleos públicos?

Desde luego, si bien es cierto que la senectud puede ser motivo de que el problema se contemple con toda atención, la verdad es que no presenta los mismos aspectos que la minoría de edad.

Ante todo nos permitimos observar que no debe confundirse la admisión con el reingreso y que, por lo tanto, no se cuestiona aquí el derecho que tienen de volver a la función los que por causas distintas se han alejado de ella.

En primer lugar, una ley natural -que la estadística vuelca en cifras con entera precisión- hace que a medida que la duración de la vida humana se prolonga, el número de individuos decrece en forma tanto más considerable cuanto más aquella pase del límite medio fijado.

No existe, entonces, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los menores el problema de un gran número de adultos que van llegando a la senectud con pretensiones de ingresar a la administración pública.

Las razones que se invocan en oposición al ingreso de los menores, no son tampoco aplicables a los adultos,

siempre, claro está, que su senilidad no haya provocado graves perturbaciones en su salud.

En efecto: mientras se duda que los jóvenes que no han llegado a la mayor edad tengan suficiente madurez de juicio e inteligencia desarrollada en el grado que exige el cargo, el hombre que va entrando en el ocaso de la vida ya vivió -y sigue viviendo, quizás- el instante en que sus aptitudes espirituales fueron más brillantes. A esa circunstancia puede agregarse todavía una preciosa y fecunda experiencia, de valor indiscutible.

El tiempo, los sufrimientos, los reveses de la fortuna, la misma felicidad, han dejado un sedimento en el espíritu del hombre; las inquietudes juveniles quedaron atemperadas; la fogosidad y el impulso se han rendido a la actitud reposada, a la meditación y a la reflexión; los ardorosos embates y arrogancias de la juventud no existen más que en el recuerdo y el peligro de que la inexperiencia juegue una mala pasada, no existe para el que ya vivió muchos años.

Su aptitud mental no es inferior, pues, a la del menor; muy por el contrario, está en una situación superior con respecto a éste.

Ofrece, sin embargo, inconvenientes de otro orden, pues el que ha dejado de ser joven no está en situación de hacer carrera desde el punto en que ésta generalmente se inicia. Por ello, es probable que aun tratándose de

un funcionario competentísimo el fin de su vida eficiente y tal vez física, lo sorprenda en el paso inicial por la administración pública. Sería, en tal supuesto, un funcionario con aptitud y vigor descendentes, que no podría sentirse estimulado por futuros ascensos ni siquiera por una jubilación o retiro que está lejos de poder alcanzar.

Por consiguiente y mientras poderosas razones de mejor servicio no sean motivo de una cesantía, continuará en el desempeño de una función realizando una labor cada vez menos provechosa.

Y no hacemos mérito de la razón sentimental que puede inhibir a un superior joven para adoptar contra su subordinado de mayor edad medidas disciplinarias u obligarle a usar de condescendencias que son negadas al resto de los empleados.

Las leyes -y los proyectos presentados- nada disponen al respecto en forma general, aunque no es excepcional que para determinados cargos se establezca que no serán admitidos los que pasen de cierta edad. Fuera de ellos, estimamos -con la salvedad ya hecha de que no se trate de seniles, pues la administración no es sinónimo de retiro o de asilo sino de actividad y labor- que los que han pasado los vigorosos años de la edad adulta pueden también tener acceso a la función pública en los cargos en que su propia naturaleza no exija una edad menor.

- IX -

LA HABILIDAD MORAL

Un punto que tiene estrecha relación con la idoneidad específica -al extremo de confundirse con ella misma- es el que se refiere a la habilidad moral, que no debe tomarse por la capacidad o habilidad mental para el desempeño de la función.

La habilidad moral significa -y no pretendemos dar una definición exacta, sino más bien enunciar un concepto- el pleno goce y ejercicio, por un individuo, de las normas éticas o conjunto de principios a que debe ajustarse la conducta humana.

Cuando la conducta de un individuo se aparta de ese conjunto de principios, se viola la ética y si la infracción alcanza a ciertas reglas fundamentales -mínimum de ética, como las llama Jellinek-, se infringe el derecho y su exteriorización más inmediata, la ley. ⁽¹⁾

Entonces, el que desee ser admitido al desempeño de

(1) Véase "El Derecho", de Carlos Octavio Bunge.

una función pública debe acreditar su habilidad moral, vale decir, que su conducta se ajusta a los principios establecidos.

A nosotros nos interesa estudiar la situación de los infractores a la ley, o sea los delincuentes, y la de los infractores a las reglas menos rígidas que escapan al derecho, o sea los inmorales o amorales, frente al Estado en cuanto a su admisión en las funciones públicas.

Mientras los primeros, los que cometen una transgresión al derecho -conjunto de normas éticas cuya violación puede ser reprimida por las autoridades sociales ⁽¹⁾ - se hallan sujetos a una sanción impuesta por la ley, los segundos, los que infringen la moral =conjunto de normas éticas cuya observancia no es obligatoria en derecho- están exentos de la autoridad de los magistrados.

Veamos primero cuál es la situación de los que han delinquido,

El derecho penal o derecho de defensa contra una amenaza al orden de la sociedad, se ocupa de lo relativo a la reacción que origina todo delito; y la ciencia penal nos enseña cuales son los fundamentos de esa reacción que reprime la falta cometida.

No nos ocuparemos, por ser extraño al tema, de cuestiones atinentes al delito y a los delincuentes y, por lo tanto, dejaremos de examinar si la pena es una

venganza, como se consideraba en tiempos de los antiguos germanos; si es una medida medicinal tendiente a corregir al culpable, como se creía en la edad media; si es la retribución del mal como expiación del mal cometido, como se pretendió después, o ~~si~~ como se piensa hoy por algunos, es una precaución y tiende a lograr una regeneración o re-educación.

La verdad es que, cualquiera que sea el fundamento jurídico del derecho de represión, ese derecho existe y el concepto vulgar y exacto que se le atribuye, es que la pena hace expiar la falta, vale decir, la borra. Y la prescripción de la acción y de la pena tiene igual significado: dado el tiempo transcurrido desde que se cometió el delito, la sociedad olvida la ofensa inferida contra ella.

Es evidente que quien ha delinquido y todavía no cumplió la sanción impuesta, está impedido de desempeñar cargos públicos, ya sea que el impedimento sea físico por hallarse purgando una pena corporal, ya sea el impedimento legal, por sufrir una interdicción impuesta por la ley.

Pero quien delinquiró y cumplió -corporalmente, pecuniariamente o por el transcurso del tiempo- la condena impuesta por la sociedad, nada debe; está en paz con los demás hombres, aunque sea despreciado por sus semejantes, aunque haya perdido el derecho que todos tienen de ser

respetados. Pero la pérdida de esa consideración que en la sociedad merecen las personas honorables, no significa que el delincuente ~~liberado~~ seguirá siendo herido permanentemente, más allá de lo que la justicia, órgano de la sociedad, consideró necesario para castigar el agravio.

El delincuente -y en modo muy especial el primario-cualquiera sea su clasificación como tal y la naturaleza del delito cometido, una vez purgada o prescripta la pena principal y las accesorias impuestas en forma especial, como la inhabilitación para ejercer cargos públicos, tiene derecho a que ya no se le aparte de la especie humana en tanto no cometa un nuevo delito. Recupera el atributo común a todos los habitantes de no verse impedido en el goce de todos los derechos civiles y políticos, salvo cuando expresamente la ley los niega, pues entonces esa prohibición forma parte integrante de la pena aplicada.

Por eso no estamos de acuerdo con algunos proyectos que declaren interdictos perpetuos a los que fueron condenados por la comisión de delitos comunes, sin consideración al tiempo transcurrido desde que cumplieron el castigo impuesto y sin que una disposición ponga fin al vergonzoso estigma que sólo terminará con sus vidas.

El diputado Juan Luis Ferraretti ⁽¹⁾ en el año 1920

 (1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1920, tomo III, pág. 124.

presentó un proyecto de ley, que suscribían también otros legisladores, disponiendo en el artículo 2° que todo empleado que tuviera malos antecedentes o hubiera sido procesado y condenado, sería separado de la administración; y en el tercero, que no serían nombrados en adelante los que tuvieran antecedentes policiales y judiciales.

Al año siguiente, el diputado Amancio González Zimmermann presentó un proyecto ⁽¹⁾ que reprodujo en 1926, en el que expresamente se declaraba en el artículo 5° inciso 3°, que estaban excluidos de ingresar en la administración nacional los que hubieran sido condenados por un crimen o delito contra la propiedad o la moral pública, o por alguno de los delitos castigados por la ley penal.

El proyecto del diputado Juan Antonio Solari ⁽²⁾ también impedía en el artículo 7°, inciso c) que pertenecieran a la administración nacional los que habiendo cometido delitos ajenos a la administración pública fueran condenados a una pena superior a dos años de prisión y los condenados por la comisión de fraudes electorales.

En nuestro concepto, el delincuente liberado debe demostrar su buena conducta actual, en los últimos años; debe acreditar su regeneración o reeducación de hombre

(1) Id., año 1921, tomo IV, pág. 245 y año 1926, IV, 208.

(2) Id., año 1933, tomo III, pág. 458.

normal. Si lo consigue y reúne las demás condiciones indispensables, no puede ser excluido de entre los que pretenden desempeñar puestos públicos.

Ahora veamos la situación de los inmorales o amora-
rales.

Los que no cometen violación del derecho pero sí de la moral, por mandato constitucional expreso reservan sus actos al juicio de Dios.

La falta de cumplimiento a lo que prescriben las reglas éticas que no ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, ¿impide al infractor ser admitido en los puestos públicos? Si bien la negativa surge de inmediato, no es fácil establecer cuándo un acto ofende al orden y a la moral pública, que es la comprobación sine qua non de la inconducta que se exterioriza.

El que lleva mala vida, aunque no roba, no mata, no corrompe, pero que vive en un estado espiritual, moral y físico fronterizo al delito, es un individuo peligroso, que afecta a la moral pública y al orden. Al exteriorizar sus taras revela su incompetencia moral.

La ausencia de esa condición negativa -la mala vida notoria, que no involucra su mundo interior, reservado a Dios- es la habilidad moral a que nos hemos referido, indispensable en quien desea ser admitido a los cargos públicos.

Pero no basta tampoco con que los ciudadanos observen austeridad en su conducta y cumplan fielmente lo que prescriben las leyes comunes. Hay otras leyes -las de enrolamiento y de servicio militar, en modo muy principal- cuyo cumplimiento es necesario que los varones demuestren especialmente, pues es natural que quien se alza contra ellas exterioriza una rebeldía peligrosa e incompatible con las funciones que pretende desempeñar.

Faltando a esas leyes se comete una omisión -que entraña un delito, por otra parte- y mientras la tal omisión no sea reparada no puede compararse el infractor con iguales derechos y méritos al que respetuosamente cumplió sus deberes cívicos.

Examinaremos ahora, rápidamente, algunos aspectos de esta cuestión en forma especial.

Ya hemos visto que el delincuente liberado tiene el derecho de reintegrarse a la sociedad que lo separó de su seno. Puede ocurrir que su atavismo, su degeneración, su psicosis, su naturaleza emocional, etc., lo impulsen a reincidir en el delito y a tener que soportar nuevas penas.

En este caso la sociedad no puede permanecer indiferente frente a un miembro de conducta incorregible y es lógico que procure su apartamiento definitivo. A la

segunda reincidencia grave -vale decir, al tercer delito- ha sociedad argentina, por conducto de su código penal y de su justicia, recluye al delincuente por tiempo indeterminado en parajes solitarios del sud del país, una vez que cumplió la pena principal.

Esta prohibición de vivir en un medio honorable implica, desde luego, no considerarlo acreedor a desempeñar una función pública.

Los tarados de todas clases son individuos peligrosos que pueden llegar al delito en cualquier momento y mucho más rápidamente afectar el orden y la moral pública aunque no cometan delitos.

El nombramiento de esos individuos para una función pública sería indigno del respeto que la misma función merece, la cual, lejos de ser honrada por ellos tal vez les facilitara la comisión de otros actos ilícitos o la impunidad.

Los ebrios consuetudinarios revelan un desorden en su conducta -y lo mismo puede decirse de los viciosos que recurren al uso de estupefacientes-, una declinación paulatina y progresiva del respeto a si mismo y a los demás y un renunciamiento a los postulados del honor, de los deberes y de las obligaciones para con la familia y la sociedad.

Parece innecesario insistir en los males, bien conocidos por cierto, que sufren los que caen en la degrada-

ción del vicio. Por eso nos limitaremos a concluir que el ebrio consuetudinario y los que padecen vicios similares a éste llegan a convertirse en degenerados psíquicos y por lo tanto una función pública, por modesta que sea, no debe ser confiada a su guarda.

Los que hacen vida disoluta, deshonesta o parasitaria, vale decir, los que viven violando las normas éticas de la sociedad, carecen de autoridad moral y por ende son inhábiles para desempeñar cargos públicos.

(1)
 Algunos juristas y legisladores sostienen que los fallidos, mientras no sean rehabilitados, no pueden ser admitidos al ejercicio de una función. Estimamos exagerada la prohibición máxima cuando ella no se extiende a los concursados civilmente, pues es sabido que ambas instituciones, la quiebra y el concurso civil, son análogas en cuanto a sus fines y diferentes en cuanto a las personas: la primera alcanza a los comerciantes y la segunda a los que no reúnen esa calidad.

Creemos que tal prohibición sólo debe pesar sobre los fallidos fraudulentos, con exclusión de los que de buena fe y por situaciones desgraciadas del comercio, han llegado al estado de falencia.

Resumiendo, opinamos que el pretendiente al desempeño de una función pública debe acreditar su solvencia mo-

(1) Proyectos de ley del diputado González Zimmermann, Diario de Sesiones año 1921, tomo IV, pág. 245 y año 1926, tomo IV, pág. 208; y del Diputado Solari, año 1933, tomo III, pág. 458 y año 1935, tomo I, pág. 401.

ral, su buena conducta, con el testimonio fehaciente de dos o más personas honorables, a satisfacción de la autoridad que debe hacer el nombramiento, o por el medio que establezca dicha autoridad.

Corolario de los requisitos relativos a la idoneidad específica y a la buena conducta, es el nombramiento provisional o de prueba.

Puede el designado haber demostrado su preparación y eficiencia para el puesto y su habilidad moral; pero es necesario que el desempeño mismo de la función no depare una sorpresa desagradable.

Por ello, casi en todas las legislaciones y en la mayor parte de los proyectos ya enumerados, se prescribe que el nombramiento lo es a título provisorio, durante un tiempo determinado -generalmente seis meses o un año- y que transcurrido ese plazo automáticamente se convertirá en definitivo.



- X -

EL SEXO Y LA FUNCION PUBLICA

El movimiento feminista iniciado en las últimas décadas y la marcada evolución que tuvo lugar como consecuencia en gran parte de la guerra de 1914-1918, han dado por resultado que se mire hoy con toda naturalidad la intervención de la mujer en los negocios públicos, en el comercio, en las profesiones liberales, en las fábricas y talleres, etc.

Ya no sorprende ni constituye ninguna novedad enterarse de que tal cargo diplomático en determinado país es desempeñado por una dama, que una abogada ha sido propuesta en tal otro Estado para una función judicial o que se la proclama candidata a una banca del Parlamento. No extraña tampoco saber que en muchas industrias la mano de obra está constituida en gran mayoría por representantes del sexo débil.

Los prejuicios que no hace muchos años se tenía respecto de la actividad femenina, se han ido abandonando poco a poco por inconsistentes. El mayor respeto que la mujer merece y se le tributa en nuestra época termi-

nó con muchos conceptos brutales acerca de su actividad y de los fines de su vida, como aquel de un antiguo orador griego que decía: Nos casamos para tener hijos legítimos y una fiel guardadora de la casa; tenemos compañera de tálamo para servirnos y cuidarnos y hetairas para los goces del amor.

Ahora no es la mujer una cosa, ni una esclava del hombre, ni se la estima un accesorio del hogar

Considerada con respecto a su mentalidad y sus aptitudes, creemos íntimamente que la mujer no es inferior al hombre. No obstante ser por su naturaleza emocionable, tímida, afectiva, no es necesario hacer mérito de mayores consideraciones ni traer ejemplos y nombres para demostrar que, al igual que el varón, posee talento natural, profundidad de cultura y acción fecunda que solemos ver desarrollada con inteligencia en distintos sectores de la actividad humana.

Jurídicamente se han ido allanando para la mujer las trabas que la hacían comparable con los idiotas, con los ciegos y los sordomudos, para gozar hoy de los derechos civiles en todos los países cultos y de los políticos en muchos de ellos.

Pero si jurídica y socialmente no hay diferencia de sexos, biológicamente la hay y esta diferencia no carece de importancia.

Mientras el varón es físicamente fuerte, apto para

soportar la fatiga y las tareas largas y pesadas, la mujer es grácil, suave y débil por temperamento y por razones fisiológicas. Desde luego, no estamos capacitados para hacer un estudio sobre diferenciación sexual, y emprenderlo sería, por otra parte, extraño al tema. Por eso nos vemos precisados a respaldar nuestra opinión, que puede parecer aventurada, en la de estudiosos de reconocida competencia en la materia, como el eximio médico y humanista Gregorio Marañón, quien arriba a esta conclusión: "Ahora, como en los albores de la vida humana, no es posible la igualdad absoluta de los dos sexos, porque su estructura biológica es fatalmente distinta. En la perfecta mujer actual seguirán, por lo tanto, siendo las funciones sexuales primarias lo fundamental de su actuación: toda una serie de episodios, estrofas de un largo y admirable poema, en el que se mezclan con las más puras alegrías los más hondos dolores, que se encierra en un nombre maravilloso: la maternidad. Nuestra mujer, como la paleolítica, está hecha para ser madre, y debe serlo, por encima de todo".⁽¹⁾

Y otro destacado médico, español también, José Gómez Ocaña,⁽²⁾ dice: "La naturaleza, tanto como la tradición zoe-

(1) "Biología y Feminismo", Madrid, 1920, pág. 14.

(2) "El sexo, el hominismo y la natalidad", Madrid, 1919, pág. 66.

lógica y la herencia marcaron el destino de la mujer: el más alto y excelso de los ministerios: la maternidad^m.

Es tal vez por ese noble destino que en el abnegado ejercicio de la docencia la mujer parece estar más indicada que el hombre: en el cuidado y educación de los niños, la maestra, acaso, no se acerca más a la madre que a la empleada? Y en las duras tareas de enfermera, no es acaso el instinto maternal de la mujer lo que hace que se la considere y sea en verdad insustituible?

Sin descender a la torpeza de creer que la mujer debe adquirir conocimientos solamente para cuando deba desempeñar las tareas manuales y rutinarias del hogar -y esa parece ser la tendencia en algunos países, como Italia- es evidente que desde niña ha de prepararse moral y espiritualmente para cumplir alguna vez con los nobilísimos deberes de madre.

Por otra parte, en la vida de la mujer el matrimonio no es un accidente vulgar sino el comienzo de una nueva trayectoria, y para que pueda seguirla hasta el fin con eficacia es menester su consagración al hogar, so pena de desnaturalizar las funciones que le están reservadas.

Pero naturalmente que no todas se casan, que muchas permanecen solteras aun contra su propia voluntad y que éstas deben "llenar su vida" -valgan los términos- en forma distinta que aquellas otras, animadas por ideales diferentes y estimuladas por razones materiales muchas veces,

pues es común que deban ayudar a sostener el hogar en que viven y que no han formado.

Además de las razones económicas que pudieran existir, es legítimo -a pesar de los trastornos fisiológicos propios de su naturaleza - ⁽¹⁾ que la mujer soltera aspire a intervenir directamente en las actividades sociales, incluso en el desempeño de funciones públicas.

Pero cabe preguntarse si también tiene ese legítimo derecho la mujer casada. Nosotros sostenemos que no, porque, como dice Marañón, el trabajo social de la mujer o se hace a costa de la maternidad y del hogar o se ha de aceptar como una necesidad impuesta por las actuales condiciones económicas del mundo. "Sólo una razón económica ⁽²⁾ -dice este autor- que creo vergonzosa para nuestra civilización, puede prevalecer sobre las razones biológicas que aconsejan la supresión del trabajo de las madres".

Maternidad y trabajo fuera del hogar son, pues,

(1) Repetimos que en este trabajo no cabe una exposición de carácter científico -que, como profanos, estamos lejos por otra parte de poder hacer- relativa a los trastornos fisiológicos que padecen las mujeres y que disminuyen su resistencia y alteran su salud. Hemos leído con interés algunos estudios al respecto -como el tratado de ginecología de los doctores M. Hofmeier y Carlos Schroeder, el de Miguel A. Fargas y el de Halban y Seitz- y recomendamos la lectura de cualquiera de ellos, pues las opiniones son unánimes, a los que no compartan nuestra tesis.

(2) Op. cit., pág. 30.

términos antagónicos porque éste conspira contra aquella.

La mujer casada consciente de su responsabilidad, que quiera evitarse las consecuencias deplorables, para sí y para su futuro hijo, de un embarazo anormal, tomará medidas artificiales para evitar la maternidad. Y la que no pueda sobreponerse a su legítimo deseo de ser madre o que se vea compelida por imperiosas exigencias a procurarse los medios para su subsistencia, correrá un riesgo casi seguro de pagar su actividad profesional con disturbios funcionales graves no sólo ella sino también el hijo por nacer.

El legislador ha debido también alguna vez hacerse eco de las opiniones científicas y abogar en favor de la supresión del trabajo de las madres. Así ha podido decir el diputado Rogelio Araya ⁽¹⁾ a este respecto, fundando una iniciativa, que el peso medio de los hijos nacidos de mujeres que trabajan en estado de gravidez, es inferior al peso medio del niño nacido en condiciones normales; que por esa razón la época del alumbramiento se adelanta, naciendo el niño sin el suficiente desarrollo, y que, por otra parte, además de la muerte resultante de estos hechos, los niños que viven se mantienen por lo general débiles y enfermos, a pesar de los sacrificios y cuidados que demandan.

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados, año 1913, tomo II^a, pág. 503.

En presencia de este peligro, el Estado puede permanecer indiferente a los destinos de la patria misma? Esta situación no es incompatible con las conquistas de la legislación social? El espíritu humano no puede considerarse satisfecho con sólo cantar loas a la mujer en los madrigales de los poetas; es menester una acción más eficaz a fin de evitar males sociales luego irreparables y las leyes no deben tender a atenuarlos sino a preverlos.

Veamos cómo ha sido encarada en la legislación esta cuestión del trabajo de la mujer.

Generalmente se cree suficiente solución lo dispuesto en algunas reglamentaciones -sobre todo en lo que se refiere al empleo privado- acerca de la oportunidad y las condiciones en que el trabajo debe realizarse, considerando como irremediable la circunstancia de que en la mayor parte de los casos la labor femenina se debe a exigencias premiosas del hogar.

En casi todos los países las leyes sancionadas tratan, en general, de proteger a la mujer fijándole un horario de trabajo inferior al del hombre; prohibiendo las tareas nocturnas y en lugares insalubres; acordándole licencia con goce de sueldo -o con parte de él- antes y después del alumbramiento; procurándole breves intervalos durante las horas laborables para que las madres puedan amamantar a sus hijos, etc.

Todo esto es lo que más o menos dispone también nuestro derecho positivo.

Sin embargo, en los últimos años ha sido vacilante la norma a seguir, pues mientras por una parte se proyectaron y adoptaron en algunos países medidas tendientes a limitar la actividad de las mujeres fuera del hogar, en otros se propició la derogación de diversas medidas legislativas que restringían el derecho de la mujer a ocupar un empleo; pero en general la orientación de las mujeres hacia oficios determinados que se consideran como esencialmente femeninos, ha continuado su avance. (1)

Así, por ejemplo, en Alemania, donde el artículo 128 de la Constitución del 11 de Agosto de 1919 derogaba todas las disposiciones de excepción contra los funcionarios femeninos, un decreto del 4 de Octubre de 1935 declara la necesidad de sustituir progresivamente a los empleados jóvenes de ambos sexos y menores de veinte y cinco años por hombres mayores de cuarenta, aun cuando se ha reconocido la necesidad del trabajo femenino en la economía nacional.

 (1) Véase a este respecto "El año social 1934-35", pág. 202, y "El año social 1935-36", pág. 207.

Los datos que consignamos son tomados de esta publicación de la Oficina Internacional del Trabajo en los volúmenes correspondientes a los últimos años.

En este mismo país por un decreto del 10 de Enero de 1936 se prohíbe la admisión de la mujer en las funciones de juez y de fiscal. Sólo las mujeres que desempeñan desde hace algunos años el cargo de asesoras podrán ser admitidas en el servicio administrativo superior de los tribunales.

En Australia, el tribunal industrial de Queensland se negó a prohibir el trabajo de las mujeres casadas, cuyo marido gane salario mínimo.

En Austria, un decreto del 15 de Diciembre de 1933 y una ley federal del 8 de Junio de 1934 han establecido la obligación para las mujeres que ocupen un cargo, como funcionarias o empleadas en las administraciones públicas de abandonarlo si están casadas con un funcionario cuyo sueldo exceda de un minimum fijado proporcionalmente a la situación social del matrimonio y a sus cargas de familia; no obstante, si las mujeres tienen más de tres hijos podrán continuar en el empleo. Se aceptan algunas excepciones en favor de las actrices, las directoras de estafetas de correos de tercera clase, las profesoras sobre todo de carácter artístico, las divorciadas sin culpa propia y aun cuando no reanuden la comunidad conyugal, etc. Y para evitar el incumplimiento de la reglamentación se dispone que los funcionarios que vivan en unión libre con una empleada se considerarán como legalmente casados y la mujer será licenciada.

En Bélgica, un proyecto de ley presentado al Senado a principios de 1934 limita el trabajo de las mujeres casadas, ya sea en establecimientos del Estado o privados, y aunque no fué discutido se han impuesto restricciones por otros conductos. El 12 de Agosto de 1934 el primer ministro dispone en una circular que todos los empleos de la administración pública deberán en adelante reservarse a los hombres, teniendo que someterse al ministerio de hacienda todas las propuestas que constituyan una excepción. Esta prohibición quedó derogada, sin embargo, un año después, el 22 de Octubre de 1935.

En Canadá se discutió el 23 de Enero de 1935 un proyecto de ley tendiente a restringir el empleo de las mujeres, pero la asamblea lo desechó; y una orden del 26 de Noviembre de 1936 establece que las mujeres casadas separadas de sus maridos tienen el mismo derecho a ingresar en la administración que las mujeres solteras.

En Cuba, el decreto número 598 del 16 de Octubre de 1934 prohíbe toda clase de restricciones al empleo de las mujeres a no ser los que se refieran a la protección de su salud y declara ilegal el despido de una asalariada con motivo de su casamiento.

En Estados Unidos, en varias legislaturas locales se discutieron diversos proyectos tendientes a restringir el empleo de las mujeres casadas, sin que se llegara a apro-

bar ninguno de ellos. Y en el Congreso Federal por otra parte, se proyectó la supresión de la ley que prohibía la acumulación por dos cónyuges de funciones públicas, medida que se aplicó, sobre todo, a las mujeres.

En Francia, el Consejo de Estado aprobó en Julio de 1936 una disposición reconociendo el derecho a las mujeres de solicitar los empleos civiles del Estado, disponiéndose, sin embargo, para algunos casos, que el número de aspirantes femeninos no podrá pasar del 50 por ciento.

En Gran Bretaña, han sido propuestas en 1934 mejoras en la situación de las mujeres que trabajan en la administración pública, como la igualdad de acceso a la profesión, la fusión de los escalafones de hombres y mujeres y la concesión de ciertas excepciones a la regla que excluye a las mujeres casadas.

Una comisión oficial estudia la posibilidad de permitir el ingreso de las mujeres a las funciones diplomáticas y consulares.

Por lo que se refiere a los empleos de maestras y de médicos en el condado de Londres, el 16 de Julio de 1935 quedó abrogada la prohibición de su desempeño por mujeres casadas.

En Grecia, un decreto del 30 de Diciembre de 1935 suspendió los efectos del acto constitucional de 16 de Noviembre de 1935, sobre acumulación de empleos, que im-

pedía el ingreso en la administración pública de las mujeres y su empleo en varias categorías de establecimientos asimilados.

En Hoñanda, una circular ministerial dispone la dimisión forzosa de las mujeres funcionarias al contraer matrimonio y a no admitir a las mujeres casadas a las funciones de la administración pública, reglas ambas que se aplican desde 1924 en las administraciones centrales hoñandesas.

Por ley de 10 de Enero de 1935 se establece que deben dimitir las maestras que contraigan matrimonio; y por la del 14 de Febrero de 1936 se aplica esa medida a las profesoras en funciones en escuelas públicas y privadas.

En proyecto que tuvo aprobación por la Cámara de Diputados el 30 de Marzo de 1937, establece que un reglamento de la administración pública fijará los porcentajes de mujeres/^{que}podrán trabajar en las ocupaciones que hasta 1934 habían sido desempeñadas sobre todo por hombres.

En Irlanda, una ley del 14 de Febrero de 1936 autoriza al Ministerio de Industria y Comercio a prohibir el empleo de las mujeres.

En Italia, el decreto ley N° 1554, del 28 de Noviembre de 1933, autorizó a las dependencias del Estado a fijar reglas para excluir a las mujeres o para limitar su número en la administración pública; más tarde se han establecido unos porcentajes en diversas administraciones.

En Nueva Zelanda, una ley del 5 de Abril de 1935, faculta a rescindir el contrato de las mujeres casadas con aviso de tres meses, salvo que la medida origine un perjuicio injustificado dada la situación financiera de la interesada.

En Rusia es cada vez mayor el número de mujeres empleadas en puestos de superior jerarquía y las autoridades siguen fomentando la progresión del trabajo femenino.

En Suecia ha podido llegarse a la conclusión de que resulta perjudicial para la natalidad la política seguida por algunas administraciones de declarar cesantes a las mujeres cuando se casan o cuando quedan embarazadas, pues se comprobó que a menudo es necesario para que las jóvenes puedan casarse, que conserven su empleo aunque sea provisionalmente.

En Yugoslavia, una ordenanza del 31 de Marzo de 1934 fija el porcentaje del personal femenino en el escalafón de los servicios postales en la siguiente forma: 30 por ciento en las categorías superiores; 25 por ciento en las intermedias y 10 por ciento en las inferiores.

En algunos países el legislador ha sido muy detallista y ha velado no sólo por la salud física de la mujer sino también por su moral y hasta quizá para ponerla a cubierto de suspicacias de terceros. Es lo que ocurre con la ley belga del 22 de Marzo de 1922, por cuyo artículo

19 se autoriza a la empleada que se aloja en casa de su patrono a rescindir el contrato cuando éste queda viudo (1) o se retira de los negocios la esposa administradora.

Esto en lo que respecta a las medidas oficiales, pues por otra parte son numerosas las entidades privadas que se han ocupado en congresos y conferencias del trabajo de la mujer, pidiendo en muchos casos el retorno de la madre al hogar.

Debemos observar, sin embargo, que en muchos casos la exclusión de la mujer obedece a razones económicas, a la intensa crisis mundial que hizo llegar a cifras pavorosas el número de desocupados. Más que medidas defensivas de la mujer y del hijo, y por consiguiente de la especie, la mayor parte de las leyes y decretos se fundan en aquellas circunstancias, aunque en el fondo estas otras también han debido pesar.

En nuestro país nada se opone al ejercicio de funciones públicas por la mujer, salvo las de carácter político que la Constitución y ~~que~~ las leyes reglamentarias no autorizan. (2)

(1) "Boletín de Documentos Parlamentarios", tomo 21, pág. 565.

(2) Sin embargo, Bielsa no opina así. Dice que "la incapacidad de la mujer en materia de derechos políticos es la regla y dada la analogía en el desempeño de funciones públicas (administrativas y políticas) parece indudable que, en principio, y en tanto el legislador no lo disponga expresamente, la mujer no puede invocar derecho al empleo". (Derecho Administrativo, tomo II, pág. 56).

Muchas oficinas públicas, cuya enumeración sería inoficioso hacer, se desenvuelven con el concurso casi exclusivo de mujeres, aparte, desde luego, de las tareas docentes en establecimientos de enseñanza primaria -donde las desempeñan en una proporción muy grande respecto de los hombres- secundaria y superior.

Con respecto al problema aquí también planteado del despido de la mujer casada -aun cuando en el caso a que nos vamos a referir la cesantía no estaba motivada por nobles deseos de protección a la madre y al hijo, sino por estrechas y mezquinas conveniencias de la empresa empleadora- el senador nacional doctor Alfredo L. Palacios en sesión del 14 de Septiembre de 1937 solicitó la adopción de medidas tendientes a impedir la cesantía, en las empresas concesionarias de servicios públicos, de las empleadas que contraigan matrimonio. (1) Los argumentos, expuestos con la claridad y galanura que caracterizan al legislador y distinguido profesor de esta casa, así como las citas llevadas al debate, predisponen en favor del proyecto; pero la medida adoptada por la empresa empleadora dice bien de la experiencia recogida en cuanto al rendimiento de la mujer casada y, sobre todo, de las grávidas.

En otros países, la discusión al respecto concluyó

(1) Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, año 1937, 14a. reunión, pág. 630.

con igual buen resultado para la mujer casada y necesitada de recursos.

La exclusión de las mujeres casadas que aspiren al desempeño de funciones públicas si bien es cierto que trae aparejados inconvenientes de orden económico que pueden perturbar considerablemente la vida de un hogar modesto, tiene ventajas evidentes, que tal vez no se han palpado claramente, en cuanto a la salud física y moral de la empleada y del hijo.

Con Marañón creemos que la mujer casada primero debe ser madre y luego todo lo demás, renunciando, si es preciso a todo lo demás para ser madre. (1)

Y para terminar no podemos menos que suscribir estas hermosas palabras del presidente Warren G. Harding, aunque haciéndolas extensivas a los hogares del mundo entero:

"Queremos una América de hogares, iluminados por la esperanza y la felicidad, donde las madres, liberadas de la necesidad de largas hora de trabajo fuera de sus casas, puedan presidir como corresponde el hogar del ciudadano americano". (2)

(1) "Tres ensayos sobre la vida sexual", pág. 219.

(2) Pronunciadas al tomar posesión de su cargo, el 4 de Marzo de 1921.

Dejamos así esbozadas y abonadas las razones que se oponen, en nuestro criterio, a que las mujeres casadas y en modo muy especial las madres, sean admitidas al desempeño de funciones públicas, aunque reúnan todas las demás condiciones que en el curso de estas páginas hemos estudiado.

Y con ello ponemos punto final a este trabajo que sólo aspira a completar los brevísimos capítulos que los autores de la materia dedican a la importante e interesante cuestión que da título a esta tesis.

Buenos Aires, junio 6 de 1938

Roberto García

Avda. Pte. R. Sáenz Peña 760
4.º piso.



INDICE

I.- Funcionarios y empleados. Admisión a la función pública	pág.	3
II ¹ / ₂ - La ciudadanía. Los extranjeros con relación a la Constitución, a la nacionalidad y a la función pública.	"	7
III.- Los antecedentes anteriores a 1853.	"	18
IV.- La disposición del artículo 16 puede ser y es reglamentada	"	37
V.- Antecedentes legislativos en materia de reglamentación de la nacionalidad de los empleados públicos	"	46
VI.- Los extranjeros y la función pública en la legislación comparada	"	59
VII.- La idoneidad específica.	"	73
VIII.- La edad.	"	95
IX.- La habilidad moral	"	104
X.- El sexo y la función pública	"	114.

-0-



DERECHO ADMINISTRATIVO - Organismos
AGENTES (Empleados públicos)