

pueblo y sin que la libertad individual entre en el camino de la anarquía.

6. Muy distinta es la relación del derecho público con estas dos clases de libertad. La popular corresponde á aquél directamente, como institución del Estado fecundada por el espíritu de la comunidad. La individual, por el contrario,—forma, pues trae su origen de la existencia y de la vida individual,—una parte de la esfera jurídica individual; es decir, del derecho privado, y sólo medianamente entra en el terreno del derecho público, en cuanto que está bajo la garantía del mismo, ó bien está restringida y limitada por las consideraciones de la comunidad del Estado. La libertad popular puede muy bien ser establecida libremente por la legislación, según las necesidades del Estado y las condiciones de civilización del pueblo; pero la libertad individual debe ser respetada y defendida de la misma manera que cualquier otro derecho del Estado; y para que esto suceda, debemos suponer perfección jurídica, á cuya misión corresponde.

CAPITULO II.

DERECHOS DE LA LIBERTAD INDIVIDUAL.

A. Defensa de la existencia.

1. Al reconocimiento y defensa de toda libertad debe preceder el reconocimiento y defensa de la existencia de cada uno (1). El derecho de ser es el primero para el hombre. Es innato é inseparable de él mientras que el alma vivificada reside en el cuerpo, y sólo cesa con la muerte. El Estado, pues, si bien ante todo es una ordenación jurídica de la comunidad, está, sin embargo, obligado á defender este primer derecho de los individuos que comprende en su poder, puesto que es uno de los principales deberes del todo el defender los derechos de cada uno de los individuos, cuando éstos necesitan tal protección.

La misma protección se extiende también á los fetos. Si bien la personalidad sólo se adquiere con el nacimiento, sin embargo, el germen fecundado de la persona existe anteriormente y tiene derecho con relación á su probable desarrollo de personalidad, al respeto de ésta y á la participación eventual de sus futuros derechos (2).

Es máxima del derecho natural que el Estado se halla obligado ya á defender la existencia de las personas de los injustos y extraños atentados, ya, en la extrema nece-

(1) Blackstone llama al mismo derecho de seguridad personal (*right of personal security*) Stahl, derecho de integridad.

(2) Así se explica la ficción del derecho romano: «Qui in utero sunt, in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse» (L. 26 de *statu hominum*) mientras los juristas romanos sabían muy bien que «partus nondum editus homo non recte fuisse dicatur.» (L. 9. § 1, *ad leg. Falcid.*) Véase Savigny, *Sistema del derecho romano*, II, p. 12 Blackstone, I, 1.

sidad, á salvarla de la ruina. El primer deber está universalmente reconocido; pero no tan generalmente el segundo, aunque no deja de ser una consecuencia del susodicho principio. De cualquier naturaleza que sean los motivos que han colocado al individuo en la condicion de salvarse de la muerte, pobreza natural, ya que proceda de su culpa, ó ya de necesidad transitoria, cuando necesite de la ayuda de la sociedad y ésta tiene medios para conseguir este fin, aun entónces tiene aquél el deber de salvarle (1). No es un deber nacional (2), sino humano; y por consiguiente, la ayuda del Estado en estos casos extremos no se limita á sus súbditos, sino que debe tambien extenderse á los extranjeros que se hallan en tal necesidad de la vida dentro del territorio del Estado. Sin embargo, este deber, segun su ordinaria extension, se halla solamente limitado por la remocion del mal extremo, por la verdadera necesidad. En particular se extiende segun que entre en otras especiales consideraciones, y supliendo y corrigiendo excluya la libre influencia de los particulares y del Estado mismo, la cual, cuando está regulada como deber jurídico, fácilmente corrompe la actividad y la fuerza moral, aun cuando reporte algun bien por causa del apoyo material: Los tiempos modernos son más ricos que los primeros siglos, no sólo en instituciones para pobres y de proteccion de toda clase, sino tambien en establecimientos de salvamento para naufragos é inundados, y este es un gran progreso para el desarrollo del derecho humano.

La defensa de la existencia de los individuos no conduce de una manera necesaria á la abolicion de la pena de muerte, como algunos opinan, sino más bien á la limitacion de su aplicacion en los casos más raros, en los que por razones de la existencia del Estado ó de la justicia la hacen apa-

(1) Sólo á la influencia del cristianismo hay que agradecer que haya sido reconocido este deber por el derecho romano, sobre todo con relacion á los niños necesitados. Las leyes de Constantino el Grande sobre este particular, cap. 1 y 2. C. Th. *de Alimentis quæ inopes* del año 315, sobre cuyo contenido influye la doctrina de Lactancius (véase comentario de Jac. Godofredo), no han encontrado acogida en el Código de Justiniano. En otros casos no se aplicaron las primeras leyes, aunque en las mismas fuese expuesto el principio: «Abhorret nostris moribus, ut quemquam fame confici vel ad indignum facinus prorumpere concedamus.»

(2) Así lo reconoció en Roma ántes que ningun otro César, Mommsen, *Historia de Roma*, III. p. 489.

recer como necesaria. El derecho de los padres en tiempo de los Romanos y de los señores dueños de la vida y muerte de sus hijos y esclavos tenía un carácter de barbarie (1). Tambien los conceptos del antiguo derecho germánico, que condenaba á muerte al criminal, á no gozar de la paz y del derecho, y al bandido á que fuese muerto impunemente por quien quiera que fuese, como fiera en la caza, eran contradictorios á la idea de la personalidad del hombre. Hallamos, sin embargo, desde un principio en el derecho aleman algunas tendencias á producir concepto más humano (2). En nuestros tiempos está esto reconocido por todas partes en más amplia aplicacion (3).

3. La ficcion de la muerte civil que segun varios derechos se pronuncia como pena para los delitos graves, es todavia mayor absurdo que la antigua privacion del dere-

(1) Juvenal ha condenado esta barbarie, Sat., VI, 249:

Pone cruce[m] servo. Meruit quo crimine servus
Supplicium? quis testis adest? quis detulit? Audi.
Nulla unquam de morte hominis cunctatio longa est.
O demens, ita servus homo est? Nil fecerit, esto.
Hoc volo, hoc jubeo, sit pro ratione voluntas.

(2) Tacitus, *Germ.*, c. 7: «Ceterum neque animadvertere neque vincere neque verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, non quasi in pœnam nec duceis jussu, sed velut Deo imperante.» *Lex Bajuvar.*, II, 1. §3: «Ut nullus liber Bajuvarius alodem aut vitam sine capitali crimine perdat, id est si aut in necem Ducis consiliatus fuerit, aut inimicos in provinciam invitaverit, aut civitatem capere ab extraneis machinaverit, et exinde probatus inventus fuerit, tunc in ducis sit potestate vita ipsius et omnes res ejus et patrimonium.» Carta-Magna inglesa del año 1215: «Nullus liber homo capiatur vel imprisonetur aut dissaisiatur ut laghetur (*out law, exlex*) aut exuletur aut aliquo modo destruat, nec super eum ibimus nec super eum mitemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terræ.»

(3) Federico II, Antimach. 17: «Les bons princes regardent ce pouvoir sur la vie de leurs sujets comme le poids le plus pesant de leur couronne. Il saveut qu'ils sont hommes comme ceux qu'ils doivent juger, ils savent que d'autres injustices peuvent se separer, mais qu'un arrêt de mort precipité est un mal irreparable. Hs ne se portent á la severité que pour eviter une rigueur plus facheuse qu'ils prevoient.» Const. francesa de 1848. p. 5: La peime de mort est abolie en malie-re politique.» Todavía va más allá el proyecto de Francfort de los derechos fundamentales alemanes, p. 9: «La pena de muerte, excepto cuando el derecho de guerra la prescribe ó el derecho marítimo en los casos de rebelion la permite, como tambien los castigos de la argolla, la marea y el suplicio corporal están abolidos» El derecho penal aleman de 1870 limita la pena de muerte al asesino p. 211, y al el regicida, al que atentare contra la vida del señor de la tierra, p. 87.

cho y de la paz, y está en contradicción con el derecho natural, porque cuando la vida de la persona es cierta no es natural declararla jurídicamente como si no existe. En la legislación napoleónica, sin embargo, se halla ésta reconocida, aún cuando el mismo Napoleón fijó su atención sobre la inmoralidad de que fuese considerada como concubina la esposa, que por amor ó piedad, siguiese al marido á su destierro (1). Algunas modernas constituciones han abolido expresamente este castigo (2).

4. Sobre el derecho natural del hombre á la integridad de su cuerpo se funda la prohibición, reconocida ya en todas partes, acerca de las penas de mutilación del cuerpo. Aún cuando la majestad del derecho y la seguridad pública puedan requerir en algunos casos la muerte del reo, que destruye, no sólo los miembros particulares, sino todo el cuerpo, sin embargo, tales motivos no hacen necesaria esta pena, la cual en nuestros tiempos aparece como una barbarie indigna é innecesaria.

Entre los pueblos libres que han llegado á una elevada civilización encontramos grande aversión al castigo corporal aún cuando éste no destruya los miembros y si sólo produzca en el cuerpo dolores momentáneos. También la antigüedad reconoció que esta pena no era conveniente para las clases de ciudadanos libres (3).

(1) Código civil, § 22 y 25: «Le mariage qu'il avait contracté précédemment est dissout quant á tous ses effets civils.» Las Cases, *Memor. de Santa Elena*, VI, 235.

(2) Constitución prusiana, § 10: «La muerte civil y la pena de la confiscación de los bienes, no tendrán lugar ya.» Constitución imperial alemana de 1849, § 135.

(3) Cuando eran castigados los libres sufrían y experimentaban también los castigos los siervos y esclavos.

CAPITULO III.

DEL LIBRE USO DEL CUERPO: LIBERTAD DE OCUPACION.

1. En otro lugar nos hemos ocupado ya de la esclavitud, que, por ser ilegítima y contra el orden natural, rebaja al hombre á la condición de cosa. Méenos recusable es la institución del colonato como la encontramos en los tiempos posteriores del derecho romano y de los labradores hereditariamente sumisos, como sucedía en la Edad Media, puesto que en la misma fué reconocida la personalidad y el derecho de los colonos bajo muchos aspectos, y aún el vínculo obligatorio de los labradores con las propiedades, del que no se separan aunque éstas varíen de dueño, y á que no pueden renunciar por su propia voluntad, no deja de ser natural. Pero para cada uno de los individuos fué en todo tiempo una falta de derecho, es decir, para aquellos cuyo natural talento aspiraba á cultura superior y estaban dotados de una excesiva actividad sobre los límites del bien rústico. Sujetar á tales individuos á la tierra era un desprecio de sus derechos innatos y de sus destinos. Los pueblos libres, además de esto, no pueden soportar condición tan opresora, porque es indigna de sobrellevar, aún prescindiendo de aquellas excepciones individuales.

Fué, por consiguiente, durante la Edad Media saludado con entusiasmo, como gran progreso hacia la libertad, el derecho del libre movimiento, al cual se le dió gran valor (1). En nuestros días, el libre movimiento ha venido á

(1) Véase en otro lugar la carta magna de Inglaterra, lib. II, c. 18. Ya la antigua forma romana de la manumisión ponía al liberto en una especie de círculo, dándole libertad para andar por todo el

ser derecho comun de las naciones civilizadas, y sólo de una manera excepcional y en casos particulares existen aún algunas limitaciones del mismo.

Una especie particular del libre movimiento es la emigracion fuera del país, de que ya nos hemos ocupado (1). Por el contrario, el derecho de libre residencia no puede ser exclusivamente comprendido como derecho de libertad individual, pues la estabilidad de los individuos no es ménos interesante para la sociedad que el mismo individuo. La relacion no es, por consiguiente, unilateral, sino reciproca, y la comunidad tiene derecho para que se consideren sus intereses fijar las condiciones de su residencia. La libertad de colonizacion da nuevo impulso á los Estados y promueve el acrecentamiento de las naciones (2). Pero cuando hay

mundo en señal de la libertad adquirida: «De quator viis ubi volueris ambulare liberam habeas protestatem.» Lex Rotharis 225. Lex Ripuar, 61, 1. Leges Guilelmi c. 65. J. Grimm, *Antigüedades jurídicas alemanas*, p. 331 y 286. Tambien se concedia tal libertad á los censuarios y á los curadores: Weistum bei Grimm, *Rechtsalterthümer* p. 347: «Abersnal schlägt der Zenner (centenarius) dreimal an die Lanze, rufet: jhör, hör, hör! ist ein mann in diessem freien Horhgericht, der sich darin nicht erziehen noch nehren kann, der soll erstlich bezahlen meingn. Churfürsten und Herrn, darnach die christlich Kireh und den gemeinen mann, und soll sein feuer mit sonnenschein auslöschen; da es dann sach were, dasz der arme mann sein Gütlein geladen hätte und führe in ein Platt oder Stadt und dasz m. gn. Churfürst-reiten käme, so sollten seiner Diener zwei absteigen und dem armen Mann helfen mit dem hintersten Rad da das forderste gestanden hat» (d. h. den Wagen weiter schieben). Esto mismo se hizo tambien extensivo á los dependientes de palacio Offnung von Neftenbach 19 bei Grimm, *Weisthümer*, I, 76: «Es mag ouch ein jegklicher von uns ziechen, wenn er wil, von richthum oder von armuth wegen, von dem herren und mengklichem unbekümmert.» Offnung von Brütten ibidem, S. 147: «Herr, wer das ein man hie sesze im dinghof, den dunke, das syn gewerb anderschwo besser wer dann hie, der mag ziechen an die rychstett, oder in mynes herren von Oesterych stett oder in Wallstett, oder uf das land, der sol ziechen mynes herren von einsidlen zins und rechten one schaden, daran sol ine nieman sumen noch irren.» En la Dieta de Zurich, á fines del siglo XV, el libre movimiento era ya un derecho aún para los mismos subditos. Bluntschli, *Rechtsgeschichte von Zürich*, I, S. 333.

(1) L. II, c. 21. Constitucion imperial alemana de 1849, § 136: «La libertad de emigracion no se halla limitada por causa del Estado, y la autorizacion para ausentarse no deben ser restringida».

(2) Ley federal alemana de 1.º de Noviembre de 1867, § 1: «Todo ciudadano perteneciente á la Federacion tiene derecho dentro del territorio de la misma: 1) De fijar su morada en cualquier lugar y aún de buscarse trabajo para fijar su estancia.— § 4.º)» El pueblo tiene el derecho de negar la aceptacion de un nuevo habitante solamente en el caso en que pueda probarse que éste no tiene bastantes medios para buscarse los alimentos necesarios, tanto para sí mismo como para los suyos á los

elementos gastados y corrompidos, entónces puede muy bien ser necesaria una limitacion de acogida (1).

2. El cuidado del derecho de los individuos de poderse mover libremente (*the power of loco-motion*), ha llevado á conceder á muchos Estados garantías proporcionadas:

a) Contra el arresto arbitrario en las diversas formas (2), aún en los casos en que hay probabilidades de de-

que no les es posible trabajar, ó cuando no puedan vivir de sus bienes, á ménos que no reciba éstos de algun pariente que tenga esta obligacion.» Ley Suiza de 1874, art. 45: «Todo Suizo tiene el derecho de fijar su residencia en cualquier pueblo dentro del territorio suizo, si posee su partida de bautismo ó cualquier otro documento de igual valor.»

(1) No sin razon se lamenta la Union de los Estados Unidos de América del Norte de que en Europa se considere con frecuencia su territorio como albergue de los delincuentes y miembros inútiles.

(2) La Carta-Magna inglesa de 1215 en el cap. 1 nota, 3 y las muchas disposiciones del acta *Habeas-corpus* de Carlos II, del año 1677. Carta de libertad del duque Enrique de Baviera para la provincia 1279: «Judex etiam nullum scilicet civem detinebit qui mansionem propriam habet, nisi penam meruerit capitalem, si mansio valeat penam pro maleficio debitam et condignam» *Pleaüt général* de Laussanne de 1368, § 66: «Item dominium lausannense quodcumque sit non potest, seu debet capere seu capi facere aliquam personam sine cognitione» § 62: Item si aliqua persona accusetur in casu criminis seu de crimine non potest seu debet detineri nisi latrocinium reperiat super ipsum aut sponte confiteatur». § 81: Item tenetur episcopus *facere guerram* pro quolibet cive seu burgense aut residente lausannense capto.» Libertad de la Dieta de Zurich de 1489: «Item von des vachens und türnens wegem haben wir abgeret welcher das recht vertröten mag vmb sachen, das nit das leben oder er beruert, das unser eydgenossen von Zurich die tröstung nemen und die so also vertröstent nit türnen sollent.» De las modernas constituciones hay que mencionar la de América del Norte, adición de 1791: «El derecho del pueblo á tener asegurada su persona, su casa, sus papeles y efectos contra la injusta confiscación, no debe jamás ser violado, y no debe darse disposicion alguna que no se funde en motivos ciertos apoyados en un juramento ó en las seguridades que suplan á éste, ó que no indique exactamente el lugar de la pesquisa y la persona que ha de detenerse.» La Constitucion francesa del año 1814, § 4: «Ninguno puede ser perseguido ni detenido á no ser en los casos prescritos por la ley y con las formalidades legales»—de 1848, § 2. Constitucion española de 1837, § 7. La griega, § 4 y 5. La imperial alemana de 1849, § 138. La prusiana, § 5 y la portuguesa de 1827 § 115 7:.) Nadie puede ser detenido sin acusacion directa contra él, excepto en los casos establecidos por la ley, y aún en estos debe el juez, dentro de las veinticuatro horas de la detencion, notificar al detenido la causa de su arresto, el nombre del acusador y testigos para que los conozca.» La holandesa, § 151 y 152. La belga, § 7: «Fuera del caso de sorprender á uno *in fraganti*, nadie puede ser detenido sino con mandato judicial motivado, el cual debe ser enseñado en el momento de la detencion ó dentro de las veinticuatro horas.» Tambien los derechos fundamentales austriacos de 1849, § 8, Constitucion de Noruega, § 99: «Por el arresto verificado sin el mandato judicial ó por la detencion ilegal, son responsables de ésta los ejecutores.»

lito, y tanto más contra los abusos del poder de policía. En su célebre libro *De lettres de cachet et des prisons d'état*, Mirabeau, con el odio ardiente de una parte interesada y con la grande elocuencia de tribuno francés, declaró la guerra por consideraciones políticas contra la tiranía de las órdenes de arresto usadas entonces en Francia, de la cual, arrebatado por los furores de la revolución salió triunfante y victorioso (1). Con más éxito lucharon los Ingleses en los tiempos antiguos por esta libertad, asegurándola por algunos siglos. El derecho inglés prohíbe la orden de arresto en general y protege aquel acto ilegal; y el acta *Habeas Corpus* concede á todo detenido el derecho de acudir inmediatamente al juez ordinario para que éste examine la legalidad de la detencion y decida de su duracion (2).

Pueden hacerse detenciones por motivos de policía, especialmente en los establecimientos para cuarentenas en los que reinen enfermedades epidémicas y contra los locos furiosos, como tambien con relacion á los pobres disolutos, y de una manera transitoria en defensa de las costumbres públicas. Pero es, sin duda, importante, que se consigne los motivos, para impedir en lo posible los abusos.

b) Otra garantía consiste en la limitacion legal del confinamiento de la persona á un lugar determinado, como tambien en la proscripcion de un distrito y el destierro fuera del país (3). Para que el hombre libre esté sujeto á esta restriccion es necesaria una condena judicial, y sólo excepcionalmente se concede, bajo ciertos limites y por motivos determinados por la ley, que en los países libres haga la policía uso de la fuerza contra la libertad personal de los individuos mediante las órdenes de destierro (4).

En los tiempos antiguos se consideraba justa la proscripcion tratándose de personas que no querian obedecer á las

(1) Tambien Blackstone, I. 1. Ve en esto una antitesis fundamental entre el absolutismo francés y la libertad inglesa; añade que, aun bajo el gobierno moderado del cardenal Fleury se dieron en Francia 54.000 órdenes de arresto.

(2) Lieber, (*Libertad de los ciudadanos*), p. 45 y sig.

(3) Véase acerca de esto la Carta Magna ya citada y el acta *Habeas-Corpus*, (oben cap. 1. Note 3.)

(4) Mucho peor y más bárbara es la deportacion que la ley francesa de 1858 autorizaba al gobierno contra las personas que eran condenadas por delitos políticos.

leyes fundamentales del Estado, y ponian en riesgo toda organizacion civil, como en especial sucedía á los jesuitas y á los defensores de la autoridad papal.

c) Reconocimiento de la libertad de viajar, aun por el extranjero, en contraposicion á la arbitraria denegacion ó molesta limitacion del tránsito.

6. Se descubre más ancho campo á la sociedad humana cuando se trata de la libre actividad corporal y de la libertad individual de comercio y de profesion. El libre movimiento es comun al hombre con los animales; pero, bajo este punto de vista, aquél está sobre éstos, que no pueden comerciar. En el comercio corporal y en el tráfico del hombre, se manifiesta el dominio individual del hombre sobre la parte de la naturaleza externa, y el Estado, sobre todo, no tiene derecho para dirigirle en esto, ni ejercer tutela sobre él, aunque tiene la obligacion de respetar y defender la libertad de su actividad. En la esfera de la vida individual y familiar hoy dia esta libertad ha sido reconocida y se ejerce regularmente en su más amplia extension, de tal suerte, que sería supérfluo dar disposiciones para su ejercicio.

Muy distinta es la condicion de las cosas cuando el comercio y el tráfico se extienden á una profesion pública, ó cuando constituyen un oficio, porque entonces no sólo parecen interesados los individuos que la ejercen, sino tambien la sociedad, los municipios y el Estado. La cuestion no es, por consiguiente, exclusiva del derecho privado; tiene una parte del derecho público. La libertad de oficio está regulada por las disposiciones relativas á éste y nos encontramos en esto en continuas luchas por causa de los diversos principios. En el siglo pasado, en muchos países y aun en la primera mitad del siglo actual, había tendencias á una limitacion de oficios, ya por las prescripciones de industrias y maestranzas, ya por la prohibicion ó reserva en la concesion por parte del Estado. La civilizacion moderna se ha decidido por la libertad de oficio, tanto por la sujecion y direccion de las maestranzas, cuanto por la tutela é inspeccion por parte del Estado que favorece en lo posible el desarrollo de todas las fuerzas activas, y con él la emulacion en todas partes. Las ventajas de la libertad son de apreciar más que los peligros que la acompañan, y es aquélla tan poderosa, que un pueblo que no la estima en lo que vale,

ó que la rehuye, pronto se quedará más atrás de aquel que está en íntima union con ella.

En el continente europeo, la legislación francesa reconoció esta libertad, y en Alemania la legislación prusiana ha señalado el camino de la misma.

CAPITULO IV.

C.—Libertad de la libre manifestacion de opinion.—Libertad de la prensa.

A la libertad de confesion de que hemos hablado más arriba va unida la libertad del individuo para manifestar su opinion en otro orden de cosas. Los pensamientos internos del espíritu no están sujetos al poder ni al derecho del Estado: la libertad del mismo ha sido concedida por Dios al individuo y defendida contra toda opresion externa. No puede, por consiguiente, ser del dominio del derecho humano sujetar y ordenar aquellos pensamientos.

Sin embargo, la manifestacion del pensamiento por medio de la palabra, por escrito ó por medio de imágenes, porque cae en el mundo visible y en la esfera de los sentidos, no es extraña al derecho.

Necesita en varios casos de su defensa, y puesto que está en visible union con la existencia de la naturaleza corpórea é influye en ella, debe observar los límites jurídicos que establece la ordenacion general del derecho.

Ante todo, ha de reconocerse y defenderse la libertad de manifestacion individual de opinion por parte del Estado, porque es de hecho una consecuencia de la libertad interna del pensamiento dada al hombre por Dios, y puede hasta decirse que el hombre tiene el derecho de hablar como piensa, porque tiene el deber de ser veraz. En todos los tiempos se ha reconocido el principio de la libertad de la palabra, y la misma ha sido considerada como una de las partes más importantes de la libertad personal (1).

(1) Euripides, *Fenicias*.
Jokasta: ¿Qué fuerte es esta reprehension?