

por muchos años se creyó absolutamente desesperado el procedimiento. Se hallaba imposible hacer entender á los miembros la distincion entre hallar verdadero el libelo de acusacion, y una sentencia de conviccion. Suponian que el primero envolvia la última, y con frecuencia rehusaban declarar verdadero el libelo cuando habia la prueba mas fuerte *prima facie* del delito. El gran jurado ingles y americano no padecen de ese mal modo de entender las cosas. Todavía un jurado ingles y americano, que interviniese en confrontar testimonios, adoleceria menos de ese mal modo de entender, al apreciar el valor relativo de la prueba que en parte fuese escepcionable, y en parte susceptible de exámen; porque las ocupaciones diarias de la vida, sus negocios diarios, los inician completamente en este modo de ver y emplear testimonios. Creo que antes de mucho tiempo se establecerá un sistema mas liberal, y que cada cual quedará convencido de que él conduce á una mejor administracion de la justicia.

Admitir el testimonio de todas esas personas á quienes ahora se excluye de testificar (sin que yo conozca caso que pueda formar excepcion) seria una medida que contribuiria á disminuir el número de pleitos, y haria que en los que se juzgasen se hallara la verdad con mas prontitud y suceso. Se impartiria mayor solemnidad á los procedimientos judiciales, desde que se escrudiñase completamente el testimonio de personas que supiesen todo acerca del negocio de que se trate, en vez de ocurrir, como ahora se hace, á testigos que no lo saben sino imperfectamente y á pedazos. Si un reo en causa criminal fuera examinado en todos casos, los delincuentes reales tendrian mas temor á la ley, y las personas inocentes mas respeto por ella.

Si debe prevalecer la regla de la unanimidad, ó la de la mayoría para pronunciar un veredicto, es una cuestion que

se ha debatido mucho en Francia desde que se introdujo el juicio por jurados en 1789. Constantemente se ha adoptado allí la regla de la mayoría. Por la ley de 1789 se fijó una mayoría de 8 contra 4. Por la de 1791 de 9 contra 3; y por la de 1835 de 7 contra 5. Y recientemente se ha discutido otro cambio en la cámara de diputados; pero no sé cual haya sido el resultado. M. Isambert dice que, si se hubiese adoptado en Francia la regla de la unanimidad, hombres como Bailly, Lavoisier y Malesherbes jamas habrian sido condenados. La mayor parte de las sentencias del tribunal revolucionario fueron pronunciadas por una fraccion. M. Fermot calcula que en donde la mayoría es de 7 contra 5 la probabilidad de error es como 4 : 4, en favor ó en contra del acusado indiferentemente. En donde es de 8 contra 4, la probabilidad es como 4 : 8; y donde se requiere la unanimidad es como de 4 : 8000. Estos son cálculos que deben hacer que los ingleses y americanos aprecien la regla de la unanimidad aun mas que lo que lo han hecho; porque aunque en los tiempos ordinarios haya tan poca probabilidad de error bajo la regla francesa, como bajo la inglesa y americana, sin embargo, cuando los elementos de la sociedad se hallan grandemente perturbados, y los hombres se hallan encendidos por el espíritu de partido, el jurado, y la unanimidad del jurado son el escudo del inocente. La unanimidad se halla acompañada con la ventaja de que obliga á mayor discusion y deliberacion entre los jurados. El veredicto que en la práctica es en realidad el veredicto de una mayoría, es resultado de un exámen mas paciente, y es por tanto mas probable que sea inatacable. En Escocia prevalece la regla de la unanimidad en los casos civiles, y no en los criminales; debia suponerse que la cosa debia ser á la inversa. Pero el empleo del jurado, compuesto de quince, en los casos criminales, data de muchos años atras, entre

tanto que el jurado de doce, en las causas civiles, fué copiado de Inglaterra. La corte en que se hizo el experimento por primera vez, fué presidida por un miembro del foro ingles, y nada pareció mas natural que establecer la regla inglesa de la unanimidad.

Una de las grandes dificultades inherentes á la administracion de la ley, es el carácter excesivamente técnico que el sistema ha adquirido. Esta es la principal de las objeciones que siempre se le han hecho, y estoy persuadido que ella tuvo una gran influencia para llevar adelante el plan de reforma judicial en Nueva York. Puede haberse concebido mal la objecion, y sin embargo, puede la reforma resultar saludable. Analicemos nuestras ideas. ¿Proviene este carácter técnico del hecho de que los profesores de derecho han tenido el hábito de seguir un principio, ó de la adhesion á los precedentes. Si lo primero, el derecho en ningun respecto difiere de cualquiera otra ocupacion en que se exige el ejercicio de las facultades mentales, desde la práctica de la medicina hasta las mas inconsiderables artes mecánicas. No puede concebirse que se administre la justicia en una comunidad civilizada, sino sobre algunas reglas previamente establecidas. Pero se presenta la dificultad de que cuando una ciencia trata muy extensamente, y mucho sin embargo en detal, de los intereses prácticos de los hombres, como sucede con el derecho, los principios que fueron al empezar amplios y fáciles de distribuir claramente, con el trascurso del tiempo llegan á ramificarse excesivamente, y nuestras distinciones son tan refinadas, que es casi imposible hallar una conclusion simplemente sobre una regla de justicia abstracta. Cuando esto sucede, se adopta un nuevo curso, como subsidiario para hallar el principio. La cuestion entónces es: ¿cual es el modo mejor de aplicar la ley que ha encontrado la experiencia humana, comprobado por un número grande

de juicios, en esos innumerables casos en que la regla de derecho en abstracto parece ser indiferente? Como la jurisprudencia es una ciencia eminentemente experimental, es muy importante averiguar en que extension un sistema de práctica contribuye al bien público. Ahora bien, en muchos casos se consultan los precedentes, porque el privilegio abstracto es tan oscuro que no puede ser explorado, y sin embargo es de gran consecuencia el que, si podemos, nos adhiramos á alguna regla que tenga una cercana afinidad con el principio; entre tanto que es cierto al mismo tiempo que un número de años de experiencia puede poner á prueba la materia, y habilitar al legislador para averiguar si pueden hacerse algunos cambios ventajosos y cuales pueden ser estos. Las frecuentes revisiones de las leyes en los estados americanos, son un esfuerzo para obtener este fin. Deberia tambien establecerse que fuese un deber de los jueces dar informes anuales sobre el modo como han obrado partes específicas del sistema.

La cuestion, al administrar esta ciencia técnica es: ¿estamos siguiendo un principio, ó solo un precedente? En el primer caso ¿cómo obtenemos el principio? Cuando se pregunta ¿es bueno matar ó robar? la respuesta es bastante clara. Lo es igualmente cuando se pregunta si B. debe pagar á A. una suma de dinero, que este ha recibido prestada. Pero son innumerables los casos en que nuestros principios llegan á ser tan oscuros, que tenemos necesidad de seguir una nueva direccion para poder encontrarlos. Podemos descubrir lo que es útil sabiendo lo que es justo, y podemos hallar lo que es justo entendiendo lo que es verdaderamente útil. Lo uno y lo otro no andan nunca separados.

Pero sea cual fuere la causa del excesivo tecnicismo del derecho, ya provenga de la adopcion de principios, ó de la

adopcion de precedentes, ó de ambas cosas juntamente, como indudablemente sucede, no hay modo posible de evitarlo; ni hay ciencia, profesion ó arte alguna que no tenga consigo la misma dificultad. En el caso de la ciencia del derecho, ella es mas visible que en cualquier otra profesion, porque la ciencia se aplica en tan infinitos detalles á las acciones de los hombres, y porque esta aplicacion es en una grande extension materia de observacion popular. Quiere esto decir, que lo mismo que imprime al derecho su carácter de excelencia y utilidad — su aplicacion á los infinitamente variados negocios de la sociedad — es el fundamento de la objecion; y la franca y pública administracion de él es lo que da ocasion á la queja. Si se aplicara el derecho tan parcamente como en los paises despóticos, perderia inmediatamente este carácter de complejidad. Es á medida que adelanta la civilizacion, y que las instituciones vienen á ser libres, que nuestros conocimientos llegan á ser mas completos y minuciosos, y que toda profesion ó arte que emana de esos conocimientos viene á ser mas difícil de manejar. Es sin duda una sabia disposicion de la Providencia, el que á medida que aumenta la tentacion de abusar de nuestro poder, ó que nuestra libertad se aumenta, se levantan nuevos baluartes para refrenar nuestras acciones.

Pero por lo que he dicho no quiero que se entienda que no puede hacerse mucho para libertar el derecho del carácter artificial que ha adquirido. Estoy al contrario convencido que se abre aquí un campo, en que los hombres sabios y juiciosos pueden hacer mucho bien á la sociedad. Para ello se habria andado mucho camino con la abolicion de la distincion de la prueba en competente y creible, como se ha sugerido en una legislatura anterior en Nueva York, lo mismo que con la abolicion de las varias formas de accion en derecho comun (*common law*), y la sustitucion de una forma

simple, como en los procedimientos en cancilleria. Estas dos cosas solamente barrerian una multitud de reglas refinadas y artificiales que ahora embarazan la práctica. Lo que quiero decir es que, hagamos lo que queramos, dispongamos la jurisprudencia como gustemos, es absolutamente imposible, aunque fuese de desearse, libertarla de su carácter técnico. Es una cualidad que ella tendrá siempre, mientras tenga la pretension de poseer el carácter de una ciencia, y mientras sea administrada con inteligencia y rectitud. Si supusiesemos todas nuestras presentes instituciones destruidas, abolidas las cortes, quemados los libros de derecho, la sociedad como *tabula rasa*, para empezar otra vez, nuevos tribunales establecidos, con instrucciones de no referirse á ningunas obras elementales ó precedentes existentes, con el curso del tiempo se crearia, sin embargo, un sistema tan técnico como el que ahora existe. Una sola circunstancia, y una, sin embargo, que no puede evitarse, aseguraria esto: el mandar que pusiesen por escrito y se publicasen las decisiones de todos los tribunales superiores. Jamas el derecho ingles asumió decididamente un carácter técnico, hasta que se interpuso esta importante salvaguardia entre los tribunales y el público. Y en el caso supuesto, la consecuencia de esta admirable práctica, independientemente de su accion como un freno sobre los tribunales, seria la de que la profesion entraria inmediatamente en la via de la generalizacion. Se apoderaria de ciertos principios fundamentales, haria una clasificacion de ellos, como aplicables á diferentes departamentos del derecho, se obtendrian otros principios subordinados, principios dentro de principios, como en las demas ciencias; y sin embargo, los últimos no serian desenvueltos de los primeros, sino solamente clasificados bajo de ellos despues que se ha hecho la induccion. La suma de negocios se aumentaria, lo mismo el número de precedentes, se es-

cribirian obras elementales en abundancia, incorporando en ellas las decisiones, y haciendo el derecho mas científico en su forma, y sin embargo mas accesible é inteligible á la profesion. Se seguiria el mismo curso que hasta aquí. Se erigiria una fábrica vasta, complicada y llena de laberintos para los ignorantes, y que sin embargo no diferiria en ningun respecto de cualquier otro sistema de saber, excepto en su mas extensa aplicacion á los negocios actuales de los hombres.

Porque ¿qué son las reglas técnicas? Importa mucho distinguir entre lo que es artificial y lo que es técnico. Toda regla que es artificial es técnica. Por consiguiente, una regla técnica no es sino un principio general. Cuando empezamos con él, en el caso de A. ó de B. es como una simple exposicion de las circunstancias del caso. Pero el caso de A. ó de B. llega pronto á ser el caso de miles, cada uno de los cuales varia en algunos particulares. Entónces empieza nuestra dificultad. El hombre se vé obligado á mirar mas lejos, á extender mas y mas sus principios, y á ser, sin embargo, al mismo tiempo minucioso y estar alerta en su exámen. Como la investigacion abrazará objetos enteramente nuevos, se formará una nueva clase de ideas, y se les darán nuevos nombres. O como sucede muy comunmente, se usará de palabras antiguas y bien entendidas, á que sin embargo dará un carácter abstruso la conexion en que se las encuentra, aunque sea la mas natural que pueda imaginarse. Por ejemplo, las palabras residuo y condicion (*remainder and condition*) son voces inglesas usadas familiarmente en la vida comun. Y sin embargo, se halla afecto á ellas un fondo infinito de saber, de que no es posible desembarazarlas, sin tropezar con dificultades infinitamente mas formidables que las que se lamentan. Ninguno, que no sea médico, puede entender el language de un médico. Nadie que no sea matemá-

tico, ó químico, ó economista político, puede entender á estos. Aun el que no es un artesano, horticultor, ó agricultor, no puede entender mucho á los que se han consagrado á estas ocupaciones, y las han hecho materia de aplicacion directa á los negocios de la vida. El language de cada una de estas personas es altamente técnico; porque habiéndose consagrado á una particular ocupacion, han obtenido nuevas ideas, han aprendido á clasificarlas, y les han dado nombres apropiados. No puede, entónces haber excesiva dificultad en entender porque el derecho es, y debe siempre ser, una ciencia técnica. Nadie puede sentir mayor interes que yo mismo en ver eliminado del derecho todo lo que es artificial; pero nadie conoce mas nuestra absoluta incapacidad de darle cualquier otro carácter que el de una ciencia técnica.

La ley aplicada á los títulos de tierras en Virginia, y á los distritos militares en Ohio, es un ejemplo notable de lo vanos que son los esfuerzos que se hacen para dar á cualquier rama de la jurisprudencia una fraseologia que no sea técnica. Esta parte del derecho es casi exclusivamente la creacion de los tribunales de Kentucky. Nació cuando esos tribunales estaban en su infancia, cuando no habia saber acumulado previamente que ayudase á darle un aire técnico, y en un estado que se hallaba menos dispuesto que cualquier otro á adoptar alguna parte del refinado sistema que prevalecia en Inglaterra y en otros estados. Es, creo, el solo estado en donde existia una prohibicion positiva, no solo de referirse á las relaciones de casas inglesas como autoridad, pero aun de leerlas en las cortes. El estado de sociedad era sencillo; la comunidad se componia de estancieros; el fundamento de los títulos era diferente de lo que era en cualquier otra parte, de manera que ningun auxilio podian prestarle las leyes sobre propiedad raiz de la Gran Bretaña.

Todo era favorable para construir un nuevo sistema que, si fuese posible, estuviese libre de tecnicismo. Pero se halló imposible absolutamente llevar esto á efecto. Los sencillísimos elementos del título — una escritura, una anotación, un reconocimiento — conocidos familiarmente por todos los colonos, y llamados por esos nombres, tan pronto como empezó el curso de la investigación legal, fueron reconocidos en cada uno de los casos, y sin embargo en casos tan infinitamente variados, que pronto vino á ser necesario un sistema de clasificación y de reglas, para que una corte de justicia no llegase á convertirse en una cama de Procusto. Porque las reglas técnicas se han adoptado, no para obstruir, sino para promover la regular y justa administración de las leyes. Este sistema tan perfectamente único en sus principios, y reducido, sin embargo, á tanta precisión, es un monumento de la sabiduría y habilidad de los tribunales de Kentucky. Ha terminado ya casi el oficio de establecer los títulos de tierras, y en adelante se le verá como un notable ejemplo de la fertilidad del alma humana y de su capacidad para formar reglas generales, aun en donde los materiales son escasos, por todos los que gustan leer la historia de las leyes y las instituciones.

Puedo imaginar un modo en que las instituciones populares de los Estados Unidos pueden llegar á modificar, tal vez á destruir enteramente el vasto sistema de jurisprudencia técnica que ahora está en uso. Puede llegar á verse la profesión de letrado como una institución aristocrática. Puede abrirse el camino para ello, admitiendo á cada cual que quiere practicarla, como en algunos estados sucede respecto de los médicos. Esto por sí solo haría poco; porque mientras que se sostenga por los tribunales un sistema erudito é ilustrado, se apelará á él por todos los que practiquen; y el permiso para pleitear sería un privilegio sin significación,

porque el abogado tendrá todavía que probar su capacidad para tener suceso. Pero además de este arreglo puede establecerse que los jueces sean escogidos, no de entre los juristas, sino como los miembros de la legislatura, indistintamente de entre los ciudadanos. Esta última medida barrería de un solo golpe todos los precedentes; porque sería imposible construirlos. El derecho dejaría de ser una ciencia ó una rama del saber. La administración de justicia se asemejaría á la de un juez mahometano, que funda sus sentencias sobre las circunstancias de cada caso particular cuando se presenta, profesa ser guiado meramente por los dictados del buen sentido, y cuya apreciación del valor de la experiencia y sus nociones de lo justo y lo injusto son las más crudas imaginables.

Pero, en primer lugar, hay menos probabilidad de que la profesión sea considerada en los Estados Unidos como una profesión aristocrática, que en ningún otro país. Los abogados no componen un cuerpo distinto. No están reunidos en una gran ciudad, como sucede en Inglaterra y Escocia. Están dispersos sobre todo el país; y no se distinguen por privilegios algunos de la masa general de los ciudadanos. Tendré ocasión después de considerar más particularmente esta muy notable faz de la sociedad americana.

En segundo lugar, por lo que respecta al carácter científico del derecho, y al uso de los precedentes, ó lo que es lo mismo, el nombramiento de personas para administrar justicia que sean capaces de analizar sus ideas, de formar una exposición inteligible de sus juicios, y después hacer que sus opiniones sean recordadas en registros; no hay modo de prescindir de todas estas cosas, á menos que la sociedad retrograde á un estado en muchísimos respectos diferente de la elevada civilización que ahora existe. Si deseamos libertar el derecho de su tecnicismo, quitamos al juez todo

freno. Queremos hacer familiares á todos los ciudadanos los principios del derecho, y adoptamos un procedimiento que impide que haya principios de cualquier clase que sean. El juez mahometano obra como gusta; no reconoce la autoridad de ninguna regla, ni el valor de ninguna experiencia. Está libre de todo control regular, y el público no tiene medio de averiguar los motivos y razones de su juicio. Lo que llamamos precedentes, es en realidad un gran volúmen de experiencia humana; y es sobre la sabiduría que se ha adquirido con la experiencia que estan construidas las instituciones libres, y por ella que han de conservarse. Ciertamente el sistema de los precedentes es peculiarmente adoptado á una república democrática, que trata de establecer la igualdad, y pide que las mismas reglas, siempre que sean aplicables, se apliquen á todos los ciudadanos igualmente.

LIBRO IV

CAPITULO PRIMERO

SOBRE LO QUE ALGUNAS VECES SE LLAMA PODER DE VETO
DE LOS ESTADOS EN AMERICA

Parece difícil á primera vista dar alguna razon satisfactoria, por la cual el poder judicial sea el árbitro final de la constitucionalidad de las leyes; porque si decimos que los tribunales son los expositores de la constitucion, puede contestarse, que una disposicion legal, que envuelva una objeccion constitucional, es ella misma una exposicion de la constitucion, y que si los jueces por sentencias repetidas deciden de un modo, la legislatura puede decidir de otro por disposiciones repetidas, reafirmando su propia construccion. La dificultad no consiste en atribuir á los jueces el derecho de decidir, puesto que siempre que en un caso está envuelta una cuestion constitucional, la corte debe darle una construccion; consiste en hacer á ese tribunal principal y supremo. Es perfectamente exacto decir, que el departamento judicial está investido del poder de aplicar las