

dadera jurisprudencia criminal (1). Para explicar estas últimas palabras, necesario es añadir que más tarde, en tiempo de los reyes, según Mommsen, «el procedimiento judicial tomó la forma de un proceso público ó privado, según que el rey intervenía espontáneamente ó á consecuencia de apelacion de la parte perjudicada.» Más tarde, no se siguió ya el primer procedimiento sino en los asuntos que interesaban á la paz pública. Puede deducirse de ahí, que después de la abolicion de la fidelidad, quedó una distincion entre la transgresion contra un individuo y la transgresion contra el Estado, aunque la manera de tratar esta última estuviera por algun tiempo sin forma determinada.

Añadamos que entre los Hebreos, cuyo sistema social conservó con mucha mayor persistencia el carácter teocrático, este cambio se hace considerable y nos revela una de sus causas. La Michna, contiene muchas leyes civiles detalladas que provienen evidentemente del aumento de complicacion en los asuntos. Este ejemplo nos enseña que los preceptos sagrados primitivos, naciendo en realidad en un estado social relativamente poco desarrollado, no pueden englobar los casos que se producen cuando las instituciones se complican. Para estos se forman en consecuencia, reglas que no tienen más autoridad conocida que la humana. Al aumentarse estas reglas, producen un cuerpo de leyes humanas distintas de las divinas; y el crimen de desobedecer á las unas es distinto del de la desobediencia á las otras.

Cierto que en la Europa cristianizada, religion importada que suplantó á las religiones indígenas, la marcha de la diferenciacion se encontró modificada; pero si se parte de la época en que esta religion importada hubo adquirido la autoridad suprema propia de las religiones indígenas, reconócese que los cambios subsiguientes son de igual naturaleza que los que acabamos de describir. Al mismo tiempo que se formaba la estructura mezclada, en que los reyes tenían un carácter sacerdotal y los prelados un carácter secular, se operaba una mezcla de legislacion política y religiosa. Desde que tuvo el poder supremo, la Iglesia interpretó diferentes infracciones civiles como ofensas á Dios, y hasta respecto de aquellas cuyo conocimiento dejaba á los magistrados civiles, se consideraba inhibida por orden divina. Solo una evolucion subsiguiente trajo periodos en que diferentes transgresiones, reputadas cometidas contra la ley sagrada y secular, hubieron de expiarse por medio de una penitencia religiosa y de un castigo civil; más tarde, una nueva separacion no dejó

(1) Sir H. Maine. *Ancient Law*. 372.

subsistir sino un pequeño residuo de crímenes eclesiásticos, é hizo pasar el resto á la categoría de los crímenes contra el Estado y contra los individuos.

Llegamos á la diferenciacion igualmente significativa, si no lo es más, entre las leyes que toman su autoridad imperativa en la voluntad del órgano gubernamental, y las que la toman en el *consensus* de los intereses individuales, entre las leyes que no tienen por objeto directo sino la conservacion de la autoridad, y que por ello, no contribuyen sino de una manera indirecta al bien social, y las que sin atender á la autoridad procuran directamente el bien social; la ley en su forma moderna, es esencialmente un producto de este *consensus*. He demostrado que la especie de ley inaugurada por el *consensus* de los intereses individuales, precede al género de ley inaugurado por la autoridad política. Ciertamente digimos que cuando la autoridad política se desarrolla, la ley toma la forma de preceptos, aun en el momento en que los principios originales del orden social, tácitamente reconocidos al principio, no pasan ya por obligatorios sino porque los impone una persona; pero si la obligacion derivada del *consensus* de los intereses individuales subsiste, se desvanece en la oscuridad. Fáltanos demostrar que á medida que el poder del jefe político decae, á medida que el industrialismo favorece el crecimiento de una poblacion cada dia más libre, á medida que el tercer elemento de la estructura política triple y una, mucho tiempo subordinado, se hace preponderante, el *consensus* de los intereses individuales, fuente primitiva de la ley, vuelve también á serlo. Debemos observar aun, que en esta forma, bajo un nuevo desarrollo como en su forma original, la ley nacida del *consensus* tiene un carácter que la distingue radicalmente de las leyes que hemos considerado hasta aquí. Las leyes divinas y las leyes humanas, productos de una autoridad personal, tenían por principio comun la desigualdad; por el contrario, las leyes que no son producto de una persona, y que nacen del *consensus* de los intereses individuales tienen por principio esencial la igualdad. Tenemos la prueba de ello desde un principio. ¿Qué es sino, en efecto, la ley del talion que no se limita la opinion á reconocer sino que la impone, en las hordas más toscas? Evidentemente, puesto que esta ley manda igualar los perjuicios ó las pérdidas, supone tácitamente la igualdad de derecho entre los individuos interesados. El principio de exigir «ojo por ojo, diente por diente» es en todas partes la expresion de la idea primitiva de justicia. El deseo de realizar un balance exacto, conduce á veces á efectos muy curiosos. Dicen Arbousset y Daumas: —

«Un bassuto, cuyo hijo habia sido herido con un palo en la cabeza les

«suplicó le entregaran al culpable para herirle en la cabeza con el mismo palo y en el mismo sitio en que fué su hijo herido (1).»

Abisinia nos ofrece el ejemplo de una tendencia análoga á igualar exactamente la ofensa y la expiación. Cuando se entrega un homicida á la familia de su víctima «el pariente más cercano del muerto le mata con una arma de la misma clase que aquella de que se sirvió aquel para cometer el homicidio (2).» En este ejemplo, se vé el procedimiento primitivo, que consiste en volver mal por mal entre los individuos, trocarse en la forma de volverlo entre las familias ó tribus, tomando vida por vida. A los ejemplos anteriormente citados puede añadirse el de Sumatra.

«Cuando en una disputa entre familias hay varios muertos por ambas partes, la misión de la justicia se limita á comprobar las pérdidas de una y otra parte, en forma de cuenta corriente á fin de establecer un balance si el número de aquellos no es igual (3).»

La consecuencia de esta grosera justicia que se limita á balancear las pérdidas de las familias y de las tribus, es la de que mientras no queden igualados los mútuos perjuicios, importa poco el saber si los agraviados son ó no los que han sufrido; de ahí proviene el sistema de la satisfacción (*vicairè*); de ahí también la razón por la cual la venganza queda suspendida sobre un individuo cualquiera de la familia ó de la tribu culpable. El principio, extiende en todos sentidos sus efectos y se aplica al tratarse de propiedad y no de la vida. Entre los Dacotahs, cuenta Schoolcraft, «se venga á veces un perjuicio causado en la propiedad, destruyendo otra (4).» y entre los Araucanos, las familias se robaban mutuamente para conservar sus pérdidas.

Sobreviene la idea, aunque cambiando de forma cuando los crímenes pueden componerse por medio de presentes ó de una suma de dinero. Desde muy temprano vemos presentarse la alternativa de sufrir la venganza ó dar satisfacción. En ciertas razas de la América del Norte, dice Kane, se aceptan en compensación de una muerte «caballos ú objetos que tienen valor para los Indios (5).» Entre los

(1) Arbousset et Daumas. *Voyage d'exploration au nord-est du Cap de Bonne Esperance.*

(2) Mansfield Parkyn. *Life in Abyssinia*, II, 204.

(3) Marsden. *History of Sumatra*, 249.

(4) Schoolcraft. *Expedition to the Sources, etc.* II, 185.

(5) Kane. *Wandering of an Artist among Indians of north America*, 115.

Dacotahs, un presente de wampum blanco aceptado, entraña el perdón de una ofensa. Entre los Araucanos, el homicida puede librarse del castigo entrando en arreglo con los parientes del muerto. «Estos ejemplos nos recuerdan las alternativas análogas admitidas en la Europa primitiva, y nos permiten advertir una diferencia significativa. En efecto, cuando tomaron origen las distinciones de clase, el tipo de la compensación, continuando igual entre los miembros de cada clase, dejó de ser igual entre los miembros de clases diferentes. A medida que la ley de origen personal invadió mayor espacio, desentendiéndose más de la ley derivada del *consensus* de los intereses tal como primitivamente existía.

Debemos advertir no obstante, que la debilidad relativa de la autoridad real ó aristocrática, y la afirmación de la voluntad popular, hacen revivir las leyes en parte suprimidas que toman su autoridad en el *consensus* de los intereses individuales. Estas leyes tienden en adelante á reemplazar á todas las demás. En efecto, el principal asunto de los tribunales de justicia en la actualidad, es el de asegurar, sin consideración á las personas, el principio antiguamente admitido, antes de la formación de los gobiernos, según el cual todos los miembros de la sociedad cualesquiera que sean sus respectivas distinciones deben ser igualmente tratados cuando los unos cometen una agresión contra los otros. Ciertamente ya no se permite igualar los perjuicios por el procedimiento del talión, y que el gobierno que se reserva el castigo de los culpables, poco hace para asegurar una restitución ó una compensación; pero con arreglo á la doctrina según la cual, todos los hombres son iguales ante la ley, aplica una misma pena á los culpables de todas las clases. En fin; cuando se trata de contratos infringidos ó deudas negadas, desde los más importantes de estos asuntos que se ventilan en los tribunales de casación, á los más insignificantes que se juzgan ante los tribunales de condado, el objeto de la justicia es el de sostener los derechos y las obligaciones de los ciudadanos sin consideración á la riqueza ó á la categoría. Esto sin contar con que en nuestra época de transición el cambio es incompleto. Pero la simpatía de los derechos individuales, y el *consensus* de los intereses individuales que va con ella, dan el predominio á la clase de leyes que fijan directamente el orden social en oposición á la clase de los que lo fijan indirectamente al reclamar la obediencia á una autoridad divina ó humana. Al mismo tiempo que el régimen del estatuto personal declina y que el del contrato crece, la ley, expresión de una voluntad personal cede cada vez su puesto á la ley nacida del *consensus* de los intereses individuales: cambio necesario puesto que la desigualdad expresa, es el principio de la cooperación

obligatoria del primer régimen, mientras que la cooperación voluntaria del otro tiene como principio una igualdad expresa.

De manera que, diferenciadas al principio de las leyes de pretendido origen divino, las leyes de origen seguramente humano, se diferencian en leyes que ostensiblemente tienen como sanción principal la voluntad del órgano gobernante, y en leyes que tienen ostensiblemente como sanción principal, el agregado de los intereses privados; las últimas tienden naturalmente en el transcurso de la evolución social á absorber á las primeras. No obstante mientras el militarismo persiste, la absorción continua necesariamente incompleta, puesto que la obediencia á una voluntad gubernativa continua necesaria en ciertos casos.

Es de tanta importancia el comprender bien esta transformación, que pedimos se nos permita presentarla aun bajo el doble punto de vista de los sentimientos y las teorías que la acompañan.

Como las leyes nacen en parte de las costumbres transmitidas por los muertos vulgares, en parte, de los preceptos especiales de los muertos eminentes, en parte de la voluntad de los vivos vulgares, y en parte de la voluntad de los vivos eminentes, los sentimientos que responden á ellas, diferentes aunque análogos, se mezclan en proporciones variables segun las circunstancias.

Segun la naturaleza de la sociedad, predomina una ú otra sanción, y el sentimiento propio de ella vuelve á oscurecer los sentimientos propios de las demás, aunque sin desvanecerlos por completo. Así, en una sociedad teocrática se castiga el homicidio más particularmente por ser un pecado contra Dios; pero no deja de conocerse que este acto tiene una criminalidad como desobediencia al soberano humano que impone el precepto divino, ni que es un perjuicio para una familia, y por consiguiente para la sociedad. Cuando entre los beduinos por ejemplo, ó en Sumatra, ningún precepto tiene origen sobrenatural y que por consiguiente, ninguna reprobación sufre la desobediencia á este precepto, el crimen reconocido, consiste en la pérdida causada á la familia de la víctima, y por consiguiente, el homicidio premeditado no se distingue del homicidio simple. En el Japon y en el Perú, el ilimitado absolutismo del soberano viviente, va ó iba unido á la creencia que hacia consistir la criminalidad del homicidio en la transgresión principalmente de los preceptos del soberano, aunque el establecimiento de tales preceptos implicara sin duda en él y en su pueblo alguna idea del mal individual ó general, causada por el acto que los violaba. En la antigua Roma la idea del perjuicio causado á la sociedad por el

homicidio era clara, y la opinión yendo al auxilio del orden público era la principal causa de la sanción penal. En la misma Inglaterra, cuando se acaba de cometerse un homicidio, el que oye relatarlo se estremece de horror, no tanto al pensar en la violación de un pretendido precepto de Dios ó de un atentado contra «la paz del reino», como porque se despierta en él la más enérgica reprobación á la idea de que acaba de destruirse una vida, y porque á este sentimiento se une otro, el de la disminución de la seguridad social que tal acto supone.

Estos diferentes sentimientos que dan á las distintas sanciones su respectiva fuerza, acompañan regularmente á los estados sociales á los cuales están estas sanciones apropiadas. Sobre todo, vemos cómo la debilitación de los sentimientos que condenan las violaciones de la autoridad divina ó humana, la cual va unida al desarrollo de los sentimientos que condenan los perjuicios causados á los individuos y á la sociedad, marcha naturalmente con la reaparición de la clase de leyes que nacen del *consensus* de los intereses individuales, es decir, de las leyes que dominaban antes del predominio del poder personal y que vuelven á dominar desde que el poder personal decae.

Al mismo tiempo las ideas sufren un cambio análogo. Bajo un gobierno en que domina la teocracia, reina espresada ó sobreentendida una doctrina segun la cual, los actos prescritos ó prohibidos son buenos ó malos por orden divina; y aun cuando esta doctrina subsista en los subsiguientes periodos (como sucede todavía en nuestro mundo religioso), la creencia que á ella se refiere es más nominal que real. Bajo un régimen de autoridad absoluta representada por un hombre ó una oligarquía, se forma una teoría segun la cual la ley no tiene otra fuente que la voluntad de esta autoridad; los actos se llaman buenos ó malos segun si están ó no de acuerdo con las prescripciones de esta voluntad. A medida que el gobierno tiende á tomar una forma más popular, esta teoría se modifica hasta el punto de que, á la par que se considera que las leyes del Estado indican lo que se debe hacer y aquello de que debe uno abstenerse, la autoridad que da fuerza á estas prescripciones es el deseo del pueblo. Observemos también que si por una parte se admite implícitamente que la sanción de la ley descansa en el *consensus* de los derechos individuales, por otra se afirma claramente que esta sanción resulta de la voluntad expresa de la mayoría, sin preguntarse si esta voluntad expresa está de acuerdo con el *consensus* de los intereses individuales. En esta teoría reinante vuelve á encontrarse evidentemente la huella de la antigua idea segun la cual, no existe para la ley otra sanción que el precepto de la autoridad visible; solo que la autoridad es ahora muy diferente.