

CAPITULO VII

Del Derecho.

Hasta ahora hemos expuesto las reglas para la consecución de los principales fines que constituyen el bien. De este modo hemos determinado objetivamente las atribuciones del individuo y del Estado, reservándonos considerarlos en la segunda parte como sujetos del derecho. Pero, ¿de qué serviría establecer estas reglas sin asegurar de algún modo su ejecución, sino para exclamar con el poeta:

Le leggi son, ma chi pon mano ad esse? (1).

El Estado provee de tres maneras á la realización del derecho, previniendo, mandando y castigando. Previene con instituciones de moralidad, especialmente con la policía; manda la reparación de daños y perjuicios para toda obligación no ejecutada ó para las negligencias culpables, y castiga las perturbaciones del orden social.

Las primeras nociones de una regla jurídica fueron expresadas en los poemas homéricos con las palabras *temi* ó *temisti*, siendo Themis representada como un auxiliar de Júpiter. Cuando un rey juzgaba un pleito, su sentencia se consideraba como efecto de una inspiración divina. El mismo Júpiter, dice Grocio, no era un legislador, sino un juez.

El procedimiento es contemporáneo del derecho, al que suministró el aparato necesario para impresionar la imaginación de los pueblos. El juez formulaba en su sentencia la regla jurídica que nacía de la costumbre, y era asistido frecuentemente en sus

(1) Las leyes existen; pero, ¿quién las hace ejecutar?

funciones por algunas personas que acompañaban al reo en calidad de testigos ó *conjuratores*. Se discute sobre si aparecieron primero los juicios civiles ó los criminales; pero los autores más modernos han probado que los delitos fueron considerados en un principio como violaciones de derechos individuales, y que fué después cuando la sociedad se consideró ofendida como protectora del orden social é intervino primero en casos particulares y después con leyes generales. Quedó establecido el principio de que en los negocios civiles la iniciativa corresponde al individuo; pero que la acción penal es esencialmente pública, si bien en algunos casos de menor importancia se hace precisa la instancia de la parte perjudicada ú ofendida para promoverla (1). De aquí se deduce que, cuando esa parte prefiere el juicio civil, hay que considerar que renuncia á la acción penal.

Ambos juicios, el civil y el penal, tienen por objeto la reintegración del derecho, y de aquí la necesidad de indagar los hechos, examinar las pruebas y pronunciar las sentencias. En su consecuencia, el derecho positivo ha establecido el ministerio de los abogados que asistan á las partes en la exposición de sus razones, y el de los jueces que pronuncien las sentencias. Y como la justicia humana es falible, los juicios pueden ser sometidos á nuevo examen de jueces superiores, tanto desde el punto de vista de los hechos como del derecho. Aquí terminan las semejanzas.

En el juicio civil hay la contestación de un derecho ó la impugnación de un hecho que se cree pueda causar perjuicio. Por esto la *actio* (*agere in jure*) presenta la cuestión, la cual desarrolla, *ciendo in iudicio* el que contrasta el derecho (*reus in iudicio conventus*), llegado el cual, se le manifiesta la acción y comienza la disputa judicial (*contestatio litis*). El demandado, negando la existencia del derecho en el *actor*, sienta la antítesis, la cual sostiene con la *exceptio* (palabra compuesta de *capio*, que expresa el antiguo derecho quirritario de la *mancipatio*, y de *extra*, que significa la carencia de derecho en el *actor*.) El proceso judicial

(1) Así sucede en las heridas leves, injurias, difamación, delitos contra el orden moral de las familias ó contra la propiedad, si son cometidos por colaterales que no viven juntos.

continúa con la contestación del *actor* á los argumentos del *reus*, ó sea la *replicatio*, y la del *reus* á los argumentos del *actor* por la *duplicatio*, y así sucesivamente, hasta que el juez, con su sentencia, termina el proceso, adjudicando el derecho á quien le pertenece. Entonces tiene lugar la avenencia de las partes, ó la *appellatio* ó la *provocatio*.

Los Romanos no tenían tribunales subordinados unos á otros que formasen lo que los modernos llaman instancias ó grados de jurisdicción. La apelación comenzó á usarse durante el Imperio y se producía ante un magistrado de grado superior, después de haber obtenido el permiso de éste en tiempo hábil (*dimissoria litteræ*). Para evitar los abusos de las apelaciones, la ley, en un principio, condenaba al que apelase sin motivos suficientes á una multa del tercio del valor del objeto litigioso y al cuádruplo de los gastos; pero poco á poco fué mitigándose este rigor.

La Asamblea nacional francesa, por decreto de 19 de Julio de 1790, fundó como remedio supremo el tribunal de casación. Este no constituye un tercer grado de jurisdicción; juzga menos los procesos que las sentencias; siendo su fin asegurar la ejecución y la uniforme interpretación de las leyes en todas las jurisdicciones.

Hablando de contratos, hemos distinguido en la página 245 los civiles y los mercantiles. Como en la Edad Media se hallaba la sociedad dividida en clases, los comerciantes quisieron también un fuero especial. Y como su pretensión se apoyaba en la naturaleza de las cosas, su fuero especial sobrevivió á la Edad Media. «Surgieron dos clases de jurisdicciones, dice Sclopis: una la de los cónsules enviados por un Estado al extranjero, que tenían el doble oficio de inspectores en todos los actos del comercio nacional y de jueces de los comerciantes de su nación establecidos en el país donde ellos residían: la otra, llamada también jurisdicción consular, era ejercida por jueces del país encargados de decidir los litigios mercantiles. Estas jurisdicciones privilegiadas fueron consecuencia de las corporaciones de artes y oficios que existían de antiguo en Italia» (1). En Francia, el edicto de 1563

(1) Véase *Storia della legislazione italiana*, vol. I, Torino, 1857.

contenía ya disposiciones relativas á la institución, á la competencia y al procedimiento de las jurisdicciones consulares. La ordenanza de 1663 les agrega la facultad de juzgar las causas relativas á los seguros, al cambio y á las demás obligaciones concernientes al comercio marítimo; pero bien pronto el conocimiento de estas obligaciones fué atribuído á los tribunales del Almirantazgo. Por decreto de 24 de Agosto de 1770 fueron creados los tribunales de comercio, que juzgaron todos los asuntos mercantiles, terrestres y marítimos. Los jueces de estos tribunales, como antes los consulares, tanto en Francia como en Italia, son electivos. En Francia los eligen todos los comerciantes agremiados por mayoría absoluta, con la intervención de tres cuartas partes de los electores inscritos. En Italia las Cámaras de comercio los proponen al rey por medio de la formación de una lista de nombres, cuyo número sea triple al del que deba nombrarse. En apelación, las causas comerciales que ya se suponen debidamente instruidas, siguen los mismos trámites que las civiles.

El sistema de prueba para los asuntos civiles, consiste: 1.º En los documentos escritos; 2.º, en los testigos hasta la suma de 500 pesetas, ó en el caso de que haya algún principio de prueba escrita, ó haya sido imposible procurársela ó, en fin, que el documento, por cualquier accidente grave, se haya perdido; 3.º, en las presunciones, ó sea en las consecuencias que la ley ó el magistrado saquen de un hecho conocido para un hecho desconocido; 4.º, en la confesión de las partes y 5.º, en el juramento supletorio ordenado por el magistrado ó decisorio deferido ó referido por las partes. En materia comercial los medios de prueba son más numerosos, admitiéndose los libros de comercio llevados legalmente para servir de prueba en juicio entre los comerciantes, como también los libros de los agentes públicos ó las simples notas de éstos: la prueba testifical puede usarse siempre que lo estime conveniente la autoridad judicial, aun contra lo escrito (art. 44 del Código de comercio de Italia). Para dar autenticidad á los contratos y á los actos judiciales los Romanos introdujeron los *tabelliones* y los *executores*, muy semejantes á nuestros notarios y á nuestros hujieres.

Distinto es el objeto del juicio penal que no persigue solamente la reparación del daño, sino el descubrimiento y el castigo del reo. Se divide en dos períodos: el primero consiste en la investigación de la prueba (*inquisitio*) y el segundo en su discusión (*disquisitio*). En el primero se tiene el proceso tomado del sistema inquisitorial: en el segundo se desarrolla el juicio en la forma acusatoria. No puede existir el juicio sin la instrucción preparatoria; pero la eficacia de esta es limitada, no pudiéndose en definitiva determinar por ella daño para el procesado. De aquí la máxima de que nadie puede ser condenado á una pena, sino en virtud de una sentencia pronunciada después de juicio solemne en forma acusatoria. El juicio penal no llega á esta forma perfecta sino después de muchos siglos, aliando el sistema de acusación y el inquisitorial. El sistema de acusación fué el primero en aparecer en la historia y duró hasta bajo el Imperio romano. Los principios que consagró son: 1.º La acusación es libre para todos, pero no hay juicio sin acusación; así que, faltando ésta, el Estado no puede proceder por sí. 2.º El juez debe ser libremente aceptado, de donde resulta que el mejor juez es el tribunal popular formado á la suerte con el derecho de libre recusación. 3.º El juez no puede indagar por sí, sino que debe limitarse á pronunciar sobre la prueba alegada por las partes, á las cuales corresponde la indagación para preparar la materia del juicio.

En este sistema el examen de la prueba debe hacerse sobre el triple fundamento de la contradicción de las partes, cuya presencia en juicio es, por tanto, indispensable, del examen inmediato de los documentos y testimonios por el juez que ha de sentenciar, y de la publicidad de las discusiones.

Los gérmenes del sistema inquisitorial se encuentran en las últimas determinaciones del Derecho romano y fueron desarrolladas por el derecho canónico con la institución de la *inquisitio ex officio*, que por virtud de los prácticos italianos y de las leyes estatutarias pasó á los juicios laicos, dominando en toda Europa, menos en Inglaterra, hasta fines del siglo XVIII. Los principios que lo regulaban eran los siguientes: 1.º No hay necesidad de acusador, porque el Estado, en nombre de los intereses so-

ciales, procede *ex officio* á la persecución, á la indagación, á la prueba y al castigo del delito. 2.º El juez es instituido por la soberanía del Estado con potestad permanente y escogido entre los jurisconsultos, debiendo aplicar la ley al hecho probado. 3.º El juez debe examinar por sí é indagar la verdad sin limitarse al examen de las pruebas aducidas por el acusador y por el acusado, para conocer la culpabilidad como la inocencia; así que le es dado ampliar por sí mismo los datos presentados por los contendientes, á fin de que se descubra la verdad acerca del delito y del reo; y puede declarar la delincuencia, aunque desista el acusador, como también la inocencia, á pesar de la confesión del acusado. 4.º El fundamento de la sentencia de la condena es el examen de la prueba; pero este examen tiene por base la instrucción escrita y el secreto, sin necesitarse la forma de contradicción inmediata, bastando el debate entre la acusación y la defensa y el nuevo examen de los testigos oídos en el proceso. 5.º Como freno á la arbitrariedad judicial se establecieron tres instituciones: a) la prueba regulada por la ley ó el criterio legal de la prueba para considerarla suficiente ó no; b) los dobles grados de jurisdicción por medio de la apelación; c) la nulidad de los actos por faltas sustanciales de procedimiento.

La Francia revolucionaria de 1789 tuvo el mérito de aliar los dos sistemas en la ley de 1791 y en el Código de instrucción criminal de 1808, donde se inspiraron la mayor parte de las legislaciones vigentes. He aquí los principios del llamado sistema mixto: 1.º El procedimiento *ex officio* va unido á la forma de la necesidad de la acusación, asignándose el ministerio público el oficio de acusador público en el juicio penal. 2.º La potestad de juzgar es confiada á los jueces permanentes conocedores del derecho y á los jueces jurados escogidos á la suerte de las listas de los ciudadanos que por su inteligencia y moralidad ofrezcan garantías de aptitud suficiente para juzgar del hecho. 3.º La instrucción escrita, secreta y sin contradicción fué acogida como preparación necesaria de las pruebas, como primer estado del juicio penal; y la discusión contradictoria, oral y pública fué reconocida precisa para las sentencias de condena. 4.º Se abandonó el sistema de las pruebas legales, al que reemplazó el libre cri-

terio moral; pero este criterio sólo puede versar sobre las pruebas presentadas en forma legal.

Por razones de economía y para no imponer una carga demasiado pesada á los particulares, los jurados no toman parte en la administración de la justicia más que para los delitos más graves (y también para los de imprenta), y después de pronunciada la sentencia de acusación. Para los delitos más leves se procede sin juicio preliminar de acusación y los mismos jueces deciden sobre el hecho y sobre el derecho. Hay, sin embargo, el recurso de apelación, excepto para los delitos muy leves, castigados con penas pecuniarias.

Para todas las sentencias condenatorias hay el supremo recurso de la casación por infracción de ley ó por vicio de forma.

En cuanto á las pruebas, los escritos tienen muy poca importancia en materia penal, puesto que los delincuentes están interesados en no dejar escritos ó en destruir los que haya. No hay, pues, más que el testimonio de las cosas sobre el hecho criminal (prueba genérica), ó de los hombres sobre el autor del delito (prueba específica). La confesión misma del reo sólo se considera como un testimonio contra él, y no constituye prueba plena como en materia civil.

Hasta ahora hemos supuesto que ambas partes asistan al juicio; pero puede suceder que el demandado no concurra, y entonces el juicio se celebra en rebeldía. Sus efectos son distintos en el juicio civil y en el penal. En el civil, el demandado puede constituirse en rebelde, ó no designando un procurador legal en el plazo exigido por la ley, ó no presentándose el procurador en el día fijado. El juicio se celebrará, y el demandado será condenado, siempre que se estime justa la demanda del actor. Sin embargo, en el primer caso, que se llama rebeldía de parte, considerándose que por circunstancias imprevistas la parte no ha recibido la citación, se le concede mucho más tiempo para oponerse á la sentencia que le será participada por un hujier comisionado, y para hacer que el tribunal la retire por razones que expondrá. En el segundo caso, que se llama rebeldía de procurador, se supone que éste no tiene fuertes razones que oponer á su contrincante; podrá, sin duda, hacer oposición á

la sentencia; pero en un término más breve y en forma determinada (1).

Los efectos de la rebeldía en materia criminal son distintos: 1.º No da lugar á la oposición en las sentencias apelables, porque se pueden hacer reformar por medio de la apelación; 2.º, la oposición tiene lugar en las sentencias inapelables para hacer examinar de nuevo la causa bajo forma contradictoria; pero una nueva rebeldía anula la oposición y hace firme la sentencia; 3.º, la condena á una pena criminal es una condena *pro forma*, que sólo produce efectos civiles con ciertas condiciones; pero que es absolutamente ineficaz en cuanto á la pena, propiamente dicha, y se anula con la presencia del reo, ya sea que él se presente voluntariamente, ya porque sea capturado; y 4.º, las sentencias absolutorias son válidas, aun pronunciadas en rebeldía (2).

Las sentencias civiles se cumplen sobre el patrimonio del sentenciado, y las penales, principalmente, sobre su persona (3). Esto sucede porque las primeras atienden al resarcimiento del daño, y las segundas castigan también el dolo. Ahora vamos á investigar qué es el delito y la pena y de dónde nace el derecho de castigar.

Hemos dicho en los *Prolegómenos*, página 104, que los fines internos de la moralidad son las fuerzas motrices del derecho, y de aquí la necesidad de su conservación y desarrollo. Esto no se obtiene con simples preceptos, sino con la amenaza y la aplicación de un castigo. El orden moral comprende la totalidad de nuestros deberes para con Dios, para con nosotros mismos y para con nuestros semejantes. Pero, ¿toda violación de deberes, ó sea todo acto reprobable, debe estar sometido á la justicia humana? La justicia humana, responde Rossi, no puede intervenir sino cuando el deber violado interesa al orden social. Es evidente que la violación de deberes para con nuestros semejantes

(1) Ante los pretores y los tribunales de comercio no hay necesidad de un procurador legal.

(2) Véase Enrico Pessina, *Sinopsis del procedimiento penal*, Nápoles, 1876.

(3) El arresto personal en materia comercial era una sanción penal bajo forma civil.

ojo
 (comprendiendo también al Estado, que como persona moral los representa), es la única que puede lastimar el orden social en uno de sus elementos esenciales; la protección de los derechos de la sociedad como cuerpo moral y de sus miembros. El delito es definido, la violación de un deber con daño de la sociedad ó de los individuos. Esta definición, añade Rossi, peca por extensión, porque el Estado, para proteger el libre progreso humano, no puede reclamar sino el cumplimiento de los deberes correlativos á aquellos derechos en cuya protección puede emplear la fuerza, ó sea de los deberes exigibles. Por consecuencia, el delito legal es propiamente la violación de un deber exigible con daño de la sociedad y de los individuos, cuya observancia es útil al orden político, y puede ser asegurada por una sanción penal, y cuya infracción puede ser castigada por la justicia humana. Esta definición elimina de la legislación penal varias categorías de hechos reprobables: aquellos que pueden ser prevenidos por la sanción natural ó religiosa, aquellos que el Estado puede prevenir por medios menos severos y peligrosos que la justicia penal; aquellos, á los cuales la justicia civil ofrece una reparación suficiente. Además, pone en guardia contra la limitación de la justicia penal por la imperfección de nuestro conocimiento; y mientras toma la moral como base, pone la utilidad por límite y por medida, entendiendo por utilidad la necesidad del orden social, el cual es, en primer término, un medio de bien y también de bienestar (1).

ojo
 La justicia penal obra por medio de la pena, que es un dolor causado al delincuente en proporción á la cantidad y calidad del mal, esto es, según la importancia del deber violado y según la gravedad específica de la violación cometida, la cual es determinada por las condiciones del hecho concreto y particular. El delito, violando un deber, niega un derecho, y la pena lo restablece, tanto en la conciencia del reo como en la de la sociedad. La pena es, pues, un medio de hacer reinar el derecho, y tiene por requisitos esenciales el volverse contra la voluntad que viola, ó pone en peligro el derecho, sirviendo tanto de castigo como de

(1) Véase *Traité du droit penal*. Paris, 1829.

prevención para los delitos, y buscando la enmienda del culpable. Debe ser semejante al delito, no por la *similitudo supplicii*, ojo por ojo y diente por diente, que equivalía á castigar un delito cometiendo otro, sino privando al culpable de las ventajas de la libertad civil ó de parte de la fortuna. Así se respeta la integridad de la persona humana llevándola á su fin natural. En cuanto á la cantidad y medida de la pena debe ser proporcionada al mal causado por el delito, esto es, al dolo y al daño, y no igualarlos, porque entonces se caería en el talion; esta proporción debe tener en cuenta la moral y la utilidad. Por esto la llama con razón Vico medida geométrica, propia de la justicia directora, ó sea del mérito y demérito de las personas, á las cuales demostró que corresponde la pena, y no la medida aritmética, propia de la justicia igualadora ó conmutativa, que da á cada uno lo que le pertenece.

Para llegar á este fin, la pena debe ser moral, personal, divisible, fácilmente valorable, reparable ó remisible, justa, ejemplar, reformadora y suficiente. La relación entre la pena y el delito es ante todo una verdad de intuición que despierta un eco en la conciencia. La reflexión debe dar oído á las revelaciones de la conciencia comparadas entre sí, eliminando la perturbación producida por pasiones demasiado excitadas, y después considerar el peligro social para determinar hasta qué punto se deba ser severo. Comenzando por el delito más grave, será fácil descender gradualmente hasta los más leves. De esto se sigue que la muerte no puede formar parte del catálogo de las penas, puesto que no es reparable ni reformadora; antes al contrario, destruye en lugar de disminuir la personalidad humana.

Antes de aplicar la pena se debe atender al grado de imputabilidad del agente y al mal objetivo. Sin embargo, si obró en defensa propia ó por impulso de fuerza irresistible, como un cónyuge que mata á otro y á su cómplice, sorprendidos en flagrante delito de adulterio, está exento de pena, teniendo una justificación en su abono. Si estaba atacado de enfermedad mental, loco, mentecato ó ebrio desaparece su responsabilidad; y si cedió á provocaciones disminuye; de aquí la teoría de las excusas. Nuestra ley positiva no se contenta con esta apreciación ge-