

182. *Lebs gens non habet*, y no perteneciendo á ninguna *gens* la plebe, estaba excluida de la *comitia calata*; fué, pues, necesario satisfacer á las reclamaciones de la plebe con una forma de testamento que tendía á eludir la rigidez del derecho, y esa forma consistía en una enajenación completa é irrevocable de la familia y bienes del testador á beneficio del futuro heredero, de manera que el fragmento de las *Doce tablas: Pater familias uti de pecunia tutelave rei suce legassit*, debe considerarse como una concesión hecha á la plebe, subsistiendo quizá por algún tiempo después este nuevo testamento plebeyo al lado del *comitia calata*, que desapareció englobándose en el primero y el cual revistió la forma de mancipación, y él á su turno, al influjo del derecho pretoriano, se despojó de muchas de sus formalidades sacramentales.

183. Si el derecho de testar fué inventado para proveer á la continuación de la familia, se explica fácilmente el profundo horror que se tenía entre los romanos á la desgracia de morir sin testamento, y ese horror explica también el orden de sucesión que se regía no por los vínculos de la sangre, sino por los de la agnación.

184. Dejamos aquí esta exposición de la evolución del derecho en materia de sucesiones, porque en nuestro capítulo dedicado al estudio del derecho romano se pueden seguir todos los pormenores de su desenvolvimiento en este ramo; y en cuanto á la evolución general del derecho en todos los pueblos, tanto respecto de la constitución de la familia, como respecto de la patria potestad, sucesiones, herencias, fideicomisos, derecho de primogénitos, etc., no nos permiten los límites de esta obra hacer otra cosa que referirnos á los profundos trabajos de Summer Maine, en su ya citada obra.

V. *Derecho Penal*.—El rasgo dominante en las le-

gislaciones antiguas y que las distingue netamente de las modernas es la diferente proporción entre las leyes civiles y las criminales, pues el número de éstas es siempre mayor que el de las civiles, y puedo afirmar (dice Summer Maine) que mientras más antiguo es un código, más sus disposiciones penales son extensas y minuciosas; sin que baste á explicar este fenómeno el estado de violencia habitual de los pueblos que comienzan á escribir sus leyes, sino que esta desproporción proviene también de que, como se ha dicho, el derecho civil sólo considera á las familias ó grupos y no á los individuos, ocupando muy poco lugar los contratos por las razones indicadas. Además, los pecados ó faltas religiosas eran considerados como delitos, á la vez que muchos actos que hoy se consideran como delitos, no tenían otro carácter que el de violaciones de deberes individuales, engendrando acciones individuales como las de *hurto*, *robo* y aun las de *homicidio*. El derecho romano, como el derecho germano, contienen un inmenso sistema de *compensaciones* en dinero por el homicidio y por otras ofensas, á la vez que las ofensas á la Divinidad son consideradas como delitos, no destacándose aún con toda precisión la idea de ofensas ó delitos contra el Estado, contra la sociedad; pero cuando esta idea fué comprendida en el derecho romano, la analogía de ofensas contra el Estado con las ofensas contra el individuo, fué llevada á sus últimas consecuencias y el Estado se vengaba por actos personales, decretándose al efecto leyes *especiales* (*privilegium*) y estableciéndose un procedimiento también especial (*extraordinaria*) ante un tribunal soberano. No existe, pues, un verdadero derecho criminal, porque el castigo de los delitos contra el Estado seguía los mismos trámites que la expedición ó promulgación de una ley; era un acto legislativo, hasta que el crecimen-

to social y con él la multiplicidad de los delitos originó el establecimiento de tribunales permanentes (1). Aquellos cuerpos legisladores obraban por medio de comisiones legislativas, pues el Tribunal de los Arcontes, el Areópago y el de los Heliastas griegos eran verdaderas asambleas legislativas en su origen y los *dikaste-*

(1) La analogía entre las acciones por delitos privados con las acciones puramente civiles y la no intervención primitiva de los tribunales en los delitos contra el Estado, porque esos tribunales eran, en el concepto de los pueblos primitivos, extraños á toda idea de justicia criminal y simplemente árbitros, está demostrada con sólo observar el procedimiento primitivo romano comparado con las tradiciones griegas. En una disputa narrada por Homero (descripción del Escudo de Aquiles), el objeto de la composición ó compensación es un homicidio; y esa disputa es igual á la primitiva *legis actio sacramenti* romana, con la diferencia de que en Homero es una costumbre flotante y en el procedimiento romano se ha transformado en derecho. El origen de ese procedimiento es un verdadero drama: dos hombres (patriarcas) armados tienen una disputa; el pretor (*vir pietate gravis*) pasa por azar é interviene; los hombres que disputan se someten á su decisión y convienen en que el que pierda sea condenado no sólo á perder el objeto de la disputa, sino una suma de dinero atribuida al árbitro como remuneración. Esta práctica se transformó en derecho y por eso en la *legis actio sacramenti* debe llevarse al tribunal un pedazo del objeto de la disputa ó toda la cosa; se trata de un esclavo, debe llevarse el esclavo, y el reclamante afirma su derecho, diciendo: *hunc ego hominem ex jure Quiritum meum esse dico, secundum suam causam cicud dixi*; y agrega: *ecce tibi vindictam* (vara) *imposuit*, y le toca con la lanza. El demandado pronuncia las mismas palabras y hace los mismos gestos. El pretor entonces ordena á los litigantes dejen al esclavo: *mitite ambo hominem*; obedecen, y el actor pregunta al demandado el por qué de su intervención: *postulo ante dicas que ex causa vindicaveris*; el demandado contesta: *jus peregi cicud vindictam imposuit*; entonces el actor ofrece una suma de dinero en garantía, *sacramentum*, diciendo: *quando tu injuria provocasti D. aeris sacramento te provoco*, y el demandado acepta diciendo: *similiter ego te*, y el pretor cuida de la seguridad del *sacramentum*. El Estado no interviene, pues, sino como árbitro, y tomando el *sacramentum* como remuneración del trabajo, y por eso se ha dicho que los castigos de los delitos contra los individuos, en las primitivas costumbres de Europa, eran simplemente SACRAMENTA.

ries subdivisiones de esas asambleas; y la historia del derecho criminal romano comienza por los *judicia populi* presididos por los Reyes, donde se formaban procesos á los grandes criminales con solemnidades legislativas. También es cierto que en tiempos posteriores los comicios delegaban su jurisdicción criminal á una comisión, *questio*, encargada de juzgar determinado delito, pudiéndose nombrar varias *questiones* cuando se trataba de juzgar varios delitos, como *questores parricidii*, *questores perduelionis* ó *dumviri perduelionis*, y acostumbrándose también hacer un nombramiento regular cada año. La primera *questio perpetua* conocida es la establecida 419 años antes de J. C. por la ley Calpurnia *De repetundis*, en la cual aparece no un nombramiento personal de los Jueces, sino fijada la manera en que esos deben ser nombrados. Así, el primer período del derecho criminal se manifiesta por actos legislativos especiales, que ordenan el castigo de un delito; en el segundo período, cuando los crímenes se multiplican, el poder legislativo delega sus facultades á *questiones* ó comisiones especiales; en el tercer período, se nombran *questiones* periódicas para determinados delitos, apareciendo ya un esbozo de clasificación de éstos; y en el último período se nombran *questiones* ó tribunales permanentes, definiéndose ya los delitos de que deben conocer esas comisiones. La evolución de éstas, que debió concluir con la idea de un poder judicial penal independiente, fué interrumpida por el absolutismo imperial que destruyó prematuramente las *questiones*, que consideradas como delegación, subsistían al lado de los comicios populares, los cuales ejercían jurisdicción criminal hasta el fin de la República, siempre que la indignación pública llevaba al criminal ante la asamblea de las tribus.

185. La desaparición de la pena de muerte entre los romanos se debe no á sentimientos ó ideales modernos, sino al origen de las *questiones*, pues siendo éstas consideradas como delegación del poder legislativo de la Asamblea por tribus (que reemplazó á los *comicios curiados*, que no podían imponer la pena de muerte, como lo pedía la primitiva asamblea por centurias) y no pudiendo ésta imponer la pena de muerte, tampoco podían imponerla las *questiones*. Summer Maine considera esta falta de poder para aplicar la pena capital como nociva al carácter romano y como la causa de las *proscripciones*, durante las que toda ley estaba en suspenso simplemente porque la violencia de los partidos no encontraba otro medio de saciar su sed de venganza; y una vez que se adoptó este medio de despotismo y de represalias la causa de la libertad romana estuvo perdida, fué simple cuestión de tiempo. Si la práctica de los tribunales hubiera podido satisfacer las pasiones populares, las formas de procedimiento habrían sin duda sido pervertidas, pero el carácter de la nación no hubiera sido tan profundamente afectado.

186. Al origen de las *questiones* debe atribuirse la falta de un código penal romano y de un plan ordenado de organización judicial en lo criminal, pues había á la vez veinte ó treinta derechos criminales correspondientes á otras tantas *questiones*; y si los Emperadores suprimieron éstas, no suprimieron las clasificaciones arbitrarias de los crímenes implicadas en esas *questiones perpetua*; y por eso cuando Sylla y Augusto ensayaron hacer un código penal, sus clasificaciones eran artificiales y caprichosas, pues siguieron el modelo de las *questiones*. Un sentimiento creciente de la majestad de la sociedad extendió el derecho penal á muchos actos de ofensas contra los individuos que, como hemos visto,

sólo daban acción de compensación pecuniaria; y sin que ésta desapareciera, el ofendido tuvo además acción criminal.

187. «Los Emperadores (concluye el autor aludido) no abolieron inmediatamente las *questiones* y comenzaron por dar una jurisdicción criminal muy extensa al Senado en el que el Emperador figuraba como un Senador ordinario; pero desde el principio el Emperador había reclamado una especie de jurisdicción criminal; y á medida que el recuerdo de las libertades republicanas se borraba, esta jurisdicción tendió constantemente á agrandarse á expensas de los tribunales; poco á poco la misión de castigar los crímenes fué atribuida exclusivamente á Magistrados nombrados por el Emperador y las atribuciones del Senado pasaron á ser del Consejo privado de aquel, y el Senado se convirtió en Corte de apelación suprema criminal. Bajo su influencia se formó insensiblemente la doctrina familiar moderna de que el Soberano es la fuente de toda justicia y el depositario de toda gracia, y así la teoría de la justicia criminal había vuelto por una línea circular casi á su punto de partida. Había comenzado por la creencia de que la sociedad se venga por sus propias manos de las injurias que se le hacen, y acabó por la doctrina de que el castigo de los crímenes corresponde de una manera especial al Soberano como representante y mandatario del pueblo. El nuevo punto de vista difería del antiguo por el aire de terror y de majestad con que esta suprema vigilancia de la justicia parecía rodear á la persona del Soberano. Este último punto de vista de los romanos sobre la relación del Soberano con la justicia, ha ahorrado á las sociedades modernas la necesidad de pasar por los cambios de que la historia de las *questiones* son un ejemplo.

188. Nada, pues, se ha perdido del trabajo secular del derecho romano, y aun su cesarismo ha servido para ahorrarnos el pasar por etapas metafísicas ya recorridas. El reconocimiento de un poder público facultado para legislar y reprimir los delitos ha conducido al estudio de una legislación uniforme sobre derecho penal; este estudio, envuelto durante mucho tiempo en nociones metafísicas, ha sido arrastrado por la lógica de los fenómenos intelectuales y sociales á la observación científica de las causas generadoras de los delitos; el estudio de esas causas ha producido una revolución en los sistemas penales, revolución imposible sin la unidad de un sistema penal, ni la síntesis de un derecho penal dictado por un Soberano, sin las experiencias que sólo puede sugerir la adopción de una teoría, porque los códigos dictados por un legislador equivalen, en el orden de los fenómenos sociales, á las teorías de los físicos y de los químicos, que á fuerza de sus errores é imperfecciones sirven precisamente para confrontar los hechos con esas teorías y descubrir las verdaderas leyes de los fenómenos. Las teorías de los códigos, la unidad de las legislaciones, las sistematizaciones del derecho bajo la dirección de un poder público reconocido y aceptado y obrando con unidad de acción, han puesto en actividad el espíritu de investigación, de observación, de experiencia y han convertido al derecho en ciencia positiva. Positivos son hoy los estudios que se hacen sobre los efectos económicos de la propiedad privada, prescripción, sistemas hereditarios, sistemas hipotecarios, agrupación de capitales en sociedades anónimas, etc.; positivos los estudios sobre los efectos que en el desenvolvimiento de la vida intelectual y moral producen las formas de Gobierno representativo, los sistemas electorales, la división de poderes; y positivos son los estudios sobre los efectos de la

clasificación de los delitos y la penalidad en la *eliminación* de los individuos inadaptables á la vida social.

RESUMEN.

189. Hemos trazado á grandes rasgos la evolución del derecho romano, como tipo de evolución general del derecho, porque el romano es el derecho más progresivo que se ha conocido en el seno de la especie humana; y porque sus orígenes, su desenvolvimiento, su continuidad y lógica históricas han sido permanentes y nos son conocidas. A la luz de ese estudio podemos comprobar la verdad de las leyes sociológicas que nos presentaron al Estado, y al derecho que es su expresión, como «*el regulador coercitivo de coordinación de las diversas actividades ú órganos sociales para equilibrar sus funciones y hacer posible la vida social.*»

190. Así como el Estado, centro regular de coordinación, ha ido adaptándose por la ley biológica de la división del trabajo á la extensión y progreso siempre creciente de su función coordinadora, á medida que las sociedades crecen y multiplican sus actividades, así también el derecho, expresión de las funciones del Estado, ha ido adaptándose bajo el imperio de la misma ley biológica y por medio del desenvolvimiento intelectual del *sensorium social* á las diversas funciones del Estado. Cuando las funciones de éste estaban confundidas con las funciones patriarcales, el derecho era consuetudinario y religioso; cuando las familias se agruparon en tribus, las tribus en gentes para formar una sociedad política, surgió al lado del derecho tradicional de las familias una especie de derecho internacional de las agrupaciones unidas, que acabó por englobar al derecho patriarcal,