

CAPÍTULO XIII

Sumario:—I. Garantías individuales.—II. Inmunidad de las acciones privadas que no perjudiquen á tercero.—III. Requisitos exigidos para la represión: juicio previo, ley anterior, jueces naturales.—IV. Garantías procesales; Inviolabilidad de la defensa, del domicilio, de la correspondencia. Declaración contra sí mismo. Arresto en virtud de orden escrita de autoridad competente. Habeas corpus.—V. Medidas represivas. Pena de muerte, por causas políticas, tormentos, azotes, cárceles.

Art. 18. « Ningún habitante de la Na-
« ción, puede ser penado sin juicio
« previo, fundado en ley anterior
« al hecho del proceso, ni juzga-
« do por comisiones especiales,
« ó sacado de los jueces designa-
« dos por la ley antes del he-
« cho de la causa. Nadie puede
« ser obligado á declarar contra
« sí mismo; ni arrestado, sino en
« virtud de orden escrita de au-
« toridad competente. Es invio-
« lable la defensa en juicio de la
« persona y de los derechos. El
« domicilio es inviolable, como
« también la correspondencia epis-
« tolar y los papeles privados; y
« una ley determinará en que
« casos y con que justificativos
« podrá procederse á su allana-
« miento y ocupación. Quedan
« abolidas para siempre la pena
« de muerte por causas políticas,
« toda especie de tormentos y los
« azotes. Las cárceles de la Na-
« ción serán sanas y limpias, pa-
« ra seguridad y no para castigo
« de los reos detenidos en ellas,
« y toda medida que á pretexto
« de precaución conduzca á mor-
« tificarlos más allá de lo que
« aquella exija, hará responsable
« al juez que la autorice.»

Art. 19. « Las acciones privadas de
« los hombres que de ningún mo-
« do ofendan al orden y á la mo-

« ral pública, ni perjudiquen á
 « un tercero, están sólo reserva-
 « das á Dios y exentas de la au-
 « toridad de los magistrados. Nin-
 « gun habitante de la Nación se-
 « rá obligado á hacer lo que no
 « manda la ley, ni privado de lo
 « que ella no prohíbe ».

Garantías individuales.

Estos artículos contienen una exposición de las garantías individuales. Su orden deja mucho que desear en el texto constitucional; pero su fondo está abonado por la jurisprudencia de todas partes del mundo, y tiene arraigo en la historia política de la República.

La represión es tan antigua como la sociedad. Diferente en sus móviles, en su carácter y en sus efectos, según el diverso grado de desarrollo del pensamiento, es tan constante en su existencia como institución legal, que en todas las épocas y en todas las latitudes, la historia nos la muestra como condición indispensable de la vida social.

El derecho penal estudia el fundamento de la facultad de castigar, y encuentra que su fin primordial es mantener en pleno vigor las reglas del desenvolvimiento de la sociedad, separar los obstáculos opuestos y las dificultades que entorpezcan su vigencia.

La libertad civil, como antes la hemos definido, tiene un límite. El egoísmo individual, sin el valladar que se le opone por razones tuitivas del altruismo, se desbordará bajo las formas que el deseo ó el interés quisieran imprimirle, y constituido cada hombre en un señor feudal, exigiría el cumplimiento de sus mandatos por medio de la fuerza bruta, que quedaría convertida en el supremo regulador del derecho. Pero esa libertad reclama también el amparo de la ley. El *salus populi* no puede abogarla, sin llegar al caos, ya que motivos de orden público la fundan. El

orden público es el estado de cosas dentro del cual cada individuo está garantido en el goce pacífico de los bienes que crea; para que exista, se requiere que todos puedan desenvolver su actividad en la vasta esfera del mundo exterior.

La ciencia jurídica, partiendo de estas bases, busca con empeño el medio de conciliar la libertad particular con los intereses de la comunidad y de impedir que el abuso de la una sacrifique á los otros, y que á pretexto de éstos, no se vulneren los principios que aconsejan el respeto á la personalidad humana. Y este medio no es sólo la preocupación de los codificadores del procedimiento penal. Las leyes constitucionales lo estudian, porque la experiencia ha demostrado que no hay revolución política, que no hay revolución social, por legítimas que sean, que escapen en sus albores ó á su terminación, á las medidas más egérgicas de represión. « Los primeros cristianos
 « fueron arrastrados á las cárceles del imperio; los
 « condes de Egmont y de Hoon murieron en el ca-
 « dalso; Juan Hampden fué preso por orden de Car-
 « los I, y así otros. Con este método, la historia se
 « repitirá siempre. Cuando sobrevengan conflictos
 « entre el espíritu de novedad y el espíritu conser-
 « vador, es en las cortes criminales donde producirán
 « sus primeros efectos ».⁽¹⁾

II. Inmunidad de las acciones privadas que no perjudiquen á tercero.

En la República Argentina, las leyes escritas han definido la libertad y enumerado sus garantías, con una proligidad extraordinaria, tal vez, y sin tal vez, porque las circunstancias difíciles que el país ha cru-

(1) DE CHAMBRUN --- «Droit et libertés» aux Etats Unis — Pág. 733 (nota).

zados han exigido que siquiera en los actos legislativos se consignara el respeto al individuo.

El decreto de seguridad individual de 1811, el estatuto de 1815, el reglamento provisorio de 1817, las constituciones orgánicas de 1819 y 1826 contenían cláusulas especiales relativas á la seguridad individual y también á la definición de la libertad; estas últimas recién aparecen claras y en términos más ó menos análogos á los que consigna el art. 19 de la constitución vigente, en el estatuto de 1815: «Las acciones privadas de los hombres, decía, que de ningún modo ofendan al orden público, ni perjudiquen á un tercero, están sólo reservadas á Dios y exentas de la autoridad de la Nación. Ningún habitante del Estado será obligado á hacer lo que no manda la ley clara y expresamente, ni privado de lo que ella, del mismo modo, no prohíbe». (1) Casi á la letra fueron reproducidos estos preceptos por las leyes fundamentales subsiguientes, hasta incorporarse definitivamente á la constitución de 1853.

Para estudiar los artículos 18 y 19, invertiremos su orden, porque consideramos que se hace así más fácil la inteligencia de la materia. La primera parte del art. 19 no requiere explicación. Es evidente que las acciones de los hombres que de ningún modo ofendan la moral, el orden público, ni perjudiquen á un tercero, están sólo reservadas á Dios y exentas de la autoridad de los magistrados. Los hombres, que en el ejercicio de su libertad, hieren los intereses de sus semejantes, no caen en la órbita de acción del derecho; la ley fundamental de la Nación se apoya simplemente en las normas jurídicas que rigen el desenvolvimiento social; la esfera de la moral pura le es extraña.

(1) Secc. 7^a—Cap. I—Art. 172.

La segunda parte del artículo limita el concepto de la primera. Son actos lícitos los que están acordes con las leyes vigentes; los habitantes de la Nación no están obligados á conocer más reglas de conducta que las que clara y expresamente surgen de los actos legislativos que imperan en el territorio, y este apotegma se aplica á todos los órdenes de actividad: civil, comercial, penal. Nadie está obligado á hacer lo que la ley no manda, ni privado de lo que ella no prohíbe. «La libertad civil legal, decía el arzobispo de York, consiste en la libertad de todos los impedimentos, á excepción de aquellos que las leyes imponen para el bien de la sociedad (1)». No es admisible que el legislador, al cambiar las leyes antiguas, al suprimir los defectos de las leyes anteriores, introduzca un caos absoluto en los derechos, transtorne la marcha de los negocios, anule las convenciones celebradas, condene por actos antes inocentes, cambie la posición respectiva de los miembros de una familia, y produzca en todas las relaciones un desastroso cataclismo.

La ley no puede ser obligatoria antes de ser conocida; si por motivos sustanciales se exige la publicidad de una disposición dictada por las autoridades de la Nación; si se declara motivos sustanciales también, que hasta pasado cierto término las leyes no serán tales, ¿cómo no ha de llegarse á idéntica conclusión cuando todavía los particulares no saben las leyes que deben cumplir ú obedecer, ni calculan los cambios ulteriores que se producirán en la legislación? El art. 19, por consiguiente, define la libertad civil, declarando que las acciones privadas de los hombres están exentas de la intervención de los magistrados, siempre que no haya una ley que los reprima ó cas-

(1) Sermón de 21 de Febrero de 1777.

tigue; que los contratos jurídicos de los individuos de la Nación deben amoldarse á lo que disponga la legislación escrita, publicada, conocida. Sin que tales recaudos se hayan llenado, nadie es responsable de las consecuencias de un hecho.

III. Requisitos exigidos para la represión: juicio previo, ley anterior, jueces naturales.

El art. 18 contiene reglas relativas á la aplicación de las penas, reglas relativas al procedimiento criminal y reglas para la calificación de ciertas medidas represivas.

La aplicación de la pena exige juicio previo, ley anterior al hecho del proceso y sentencia dictada por los jueces naturales establecidos por la ley antes del hecho de la causa. Como garantías procesales, prescribe la inviolabilidad de la defensa, del domicilio y de la correspondencia, la cláusula de que nadie está obligado á declarar contra sí mismo y la disposición según la cual nadie puede ser arrestado, sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. En cuanto á las medidas represivas, suprime la pena de muerte por causas políticas, los tormentos, los azotes, y declara que las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas.

1.—Para imponer una pena, se requiere juicio previo. La palabra *juicio* supone la idea de juez. *Juicio*, del latín *judicium*, que, á su vez, deriva de *judex* (juez), significa «sentencia, decisión, acto de juez; acción judicial, proceso, acusación, defensa». (1)

« Juicio, dice Escriche, es la controversia y decisión legítima de una causa ante y por el juez com-

(1) RAIMUNDO DE MIGUEL Y MARQUÉS DE MORANTE. — «Diccionario latino-español etimológico» — (V. *Judicium*).

« petente; ó sea, la legítima discusión de un negocio entre actor y reo ante *juez competente*, que la dirige ó determina con su decisión ó sentencia definitiva. «*Legítima rei contraversoe apud judicium inter litigantes tractatio, seu disceptatio et dijudicatio*». (1)

Webster lo define diciendo que es «la sentencia de la ley pronunciada por una corte ó un juez sobre una materia surgida en una causa que se le someta. «Determinación judicial, decisión de una corte». (2)

« Juyzio, en romance, dice una ley de Partidas, « tanto quiere dezir como sentencia en latín. E ciertamente juyzio es dicho mandamiento que el judgador faga á alguna de las partes, en razón de pleyto que mueve ante el». (3)

Hemos insistido en detalles, porque siendo ésta una de las primordiales garantías individuales, y diciendo simplemente la constitución que ha de preceder el *juicio*, puede ponerse en tela de discusión el alcance de la palabra, y conviene dejar consignado que se aplica á las causas en que intervenga una autoridad judicial creada por la constitución. No hay juicio sin juez.

2.—Se requiere ley anterior al hecho del proceso. Si la retroactividad se discute en algunos casos en materia civil, no puede discutirse jamás en materia penal, cuando la ley agrava la situación del reo. Siendo el fin de la represión el mantenimiento del orden social, si la sociedad no ha reprimido el hecho durante mucho tiempo, es, ó porque no ha visto la necesidad de hacerlo, ó por una desidia de las autoridades encargadas de velar por la tranquilidad

(1) ESCRICHE—Dicc. de ley y jurisp. (V.—*Juicio*)

(2) WEBSTER'S Dictionary.

(3) Ley—1. T. 22—Part. 3^a. Puede verse en los Códigos españoles las definiciones que dan las leyes 27. Tit. 1. lib. 2.—*Fuero Juzgo*. L. 4, Tit. 2, Lib. 1.—*Fuero Real*; 1 y 2 Tit. 12, 5 Tit. 13 y 2 Tit. 14.—Ordenamiento de Alcalá.

común; si lo primero, el interés público no exige se coarte la libertad de quien no ha violado precepto escrito de la ley, no exige la defensa contra los males pasados, perpetrados por una persona que no estaba obligada á hacer lo que nadie le imponía, ni á omitir lo que por nadie se hallaba prohibido; si lo segundo, cúlpese á la sociedad por no haber procurado su defensa; pero no se considere como delito el ejercicio indiscutible de un derecho. Cuando la ley calla sobre un acto, el hombre puede ejecutarlo sin cautela. No debe obligársele á cortar el vuelo de sus actividades, en virtud de principios vagos que no conoce, hasta tanto sean consignados en disposiciones expresas.

Nulla pene sine lege, es un apotegma jurídico que simboliza una conquista del derecho contemporáneo, porque impide el arbitrarismo del legislador en el futuro, y levanta la bandera de respeto á las garantías individuales. Sin esta valla á las tiranías parlamentarias, «no podrían marchar los hombres con paso seguro en el terreno del derecho; no sabrían, sino después de consumadas, si sus acciones eran lícitas ó criminales».

Las leyes *ex post-facto* no tienen sostenedores. Ninguno aplaude la creación de delitos nuevos para los casos anteriores, porque ello sería un arma de dos filos que podría dar margen á la venganza y al desborde de las pasiones de los partidos.

En Inglaterra, por una anomalía inexplicable, aún hoy el parlamento está facultado para dictar leyes que califican de delito actos antes cometidos, é infligen á sus actores el condigno castigo. Estas curiosas leyes, que representan un monstruoso desconocimiento de los principios más elementales de la ciencia penal, se denominan *bills of attainder* (en latín *attinc-*

tura); son una proscripción, una degradación pública que importa «la corrupción de la sangre». ⁽¹⁾

El primero en la historia parlamentaria de Inglaterra se decretó en tiempo de Eduardo IV. Una ley castigó al Duque de Clarence, confirmando una pena impuesta por el monarca. Con este antecedente, los Tudors encontraron muy cómodo, valiéndose de su predominio sobre el parlamento, el recurrir al *bill of attainder*, para deshacerse de personalidades que pudieran oscurecer su gloria ó ser un obstáculo á la satisfacción de sus deseos. Bajo Enrique VIII, Tomás Mones y el Obispo Fischer perecieron víctimas de un asesinato legislativo. Ana Bolena sufrió un juicio en forma; pero á Catalina Howard no se le encontró razón para un proceso, y para satisfacer al monarca, fué necesario un *bill of attainder* que, con toda vergüenza para Inglaterra, se decretó por mayoría inmensa de votos por las cámaras del parlamento.

Lo que había sido un arma á favor de los monarcas en tiempo de los Tudors, fué un arma á favor del parlamento, en tiempos de los Estuardos. El ministro Strafford, de Carlos I, que había llegado á adquirir gran prestigio en la Nación, fué penado por un *bill of attainder*.

En la cámara de los comunes, los sostenedores más decididos de la libertad no compartieron las acusaciones que se le hacían, creyendo que la realización del acto importaba una resolución escandalosa; estaban entre ellos Pym, Hampden, Selden y Digby. En la cámara de los lores, tal vez, no se hubiera votado la ley, porque se reconocía que los cargos que se le dirigían eran de nimia importancia; sin embargo, fué tal la presión de la cámara baja y del populacho en Londres, que 35 lores se retiraron de

(1) FISCHER. — «Constitution d'Angleterre». — Título II. — Página 350.

la sesión, y los restantes por 26 votos contra 19 adoptaron el bill. El monarca hubiera querido resistir, pero ante la actitud amenazadora del parlamento, que hacía saber que si no le daba cumplimiento á la ley, procedería del mismo modo con todos los defensores de Strafford, tuvo que doblegarse, y hacer cumplir la resolución dictada. Taylor, que en la cámara baja había calificado de asesinato alevoso el *bill of attainder* contra Strafford, fué encerrado en la torre de Londres.

No ha habido después disposición constitucional que prohíba al parlamento decretar estas verdaderas monstruosidades; sin embargo, han caído en desuso, y las ideas contemporáneas harían absolutamente imposible su repetición.

Los Estados Unidos, con el ejemplo que les había proporcionado la madre patria, no esperaron la declaración de los derechos del hombre, ni la sanción de las enmiendas ulteriores de su constitución. Ya el congreso de Filadelfia de 1787 consignó, en el art. 1º, secc. X, párr. 1º de la constitución, que «ningún Estado podrá hacer por sí tratado... ni dejar pasar « *bills of attainder*, ni hacer ley con efecto retroactivo, « ó que altere las obligaciones de los contratos, ó « conceda títulos de nobleza».

3.—Se requiere, además, que sea dictada por los jueces naturales. Nuestra constitución ha procedido sabiamente, proscribiendo los tribunales especiales. La historia de la humanidad está preñada de errores cometidos por esos tribunales de excepción, que se crean en un momento en que la pasión pública está exaltada, para juzgar á pretendidos delincuentes.

Francia, durante la época revolucionaria, dió el ejemplo más pavoroso. El 5 de marzo de 1791 se creó un tribunal de excepción que fué pronto suprimido; pero á consecuencia de los acontecimientos del

10 de agosto de 1792; el cuerpo legislativo creó otro tribunal de excepción, llamado *tribunal revolucionario*, encargado de juzgar á los que habían tomado participación en esa jornada. Ya sabemos cuales fueron los actos de este tribunal; ya sabemos cuantas vidas costaron.

Más tarde, en 9 y 10 de marzo de 1793, se suprimió el *tribunal revolucionario* para crearse el *tribunal criminal extraordinario* con mayores facultades, tal vez, que el anterior. La época del terror se había iniciado, y los tribunales de excepción fueron coetáneos de esos momentos de tribulación en todos los hogares franceses; cayeron con la conclusión de esa época nefasta.

Algún tiempo después, Napoleón restableció los tribunales extraordinarios, para librarse de una manera alevosa del duque de Enghien que, recluso en un rincón de la Francia, veía pasar tranquilamente los acontecimientos, sin inmiscuirse en ninguno de los bandos políticos existentes. El asesinato de que se le hizo víctima, se llevó á cabo contrariando las formalidades más notorias del proceso. Lanfrey y otros historiadores culpan del hecho directamente á Napoleón, diciendo que ha hecho pesar sobre él una de sus más grandes responsabilidades.

No necesitamos, desgraciadamente, recurrir al extranjero para descubrir tribunales especiales; en nuestro país, aun en los momentos en que más se hablaba en favor de los principios, en que se sostenían con más rigor las garantías individuales, los tribunales de excepción han figurado creados por los hombres más puros y más prestigiosos del país.

A mediados de 1812 tuvo lugar la conspiración de Alzaga. Para reprimirla, el triunvirato, del que formaban parte Chiclana, Sarratea y Rivadavia, organizó tribunales especiales que levantaron la horca en

la plaza pública, donde estuvo 40 días expuesta á las miradas del vulgo, y no cesó de quitar la vida á los complicados en la intentona.

El Dr. del Valle juzga el hecho con el criterio de las circunstancias. Tal vez, se violaron en ese momento supremo las reglas de la justicia, las formalidades más sagradas de los procedimientos; pero, acaso, dice, puede aplicarse á los tribunales de 1812 el juramento de Cicerón al bajar del consulado. Cuando este eminente orador abandonó el cargo público que sus conciudadanos le habían conferido, subió á la tribuna para dar al pueblo cuenta de sus actos: «Juro....» dijo; pero fué interrumpido por el tribuno Metelus diciéndole: «Jurad que no habeis violado las leyes», aludiendo á la ley que prohibía condenar á muerte á un ciudadano romano sin intervención del pueblo. y Cicerón exclamó: «Juro que he salvado la república», á lo que el pueblo en coro añadió: «juramos que ha dicho la verdad» «En análoga situación, concluye del Valle, Rivadavia, Chiclana y Sarra- tea, con la mano sobre la conciencia habrían dicho « otro tanto, y sus contemporáneos habrían repetido « el juramento del pueblo romano». ⁽¹⁾

Pero, en 1815 se repitieron los tribunales extraordinarios, y en esas circunstancias, no había como justificarlos por la salvación nacional. Después del motin de Fontezuelas, de la revolución de 15 á 16 de abril de 1815, contra el directorio de Alvear, el Cabildo empezó sus actos de persecución con la formación de comisiones judiciales que impusieron penas crueles, sin motivos justificados, á los patriotas más esclarecidos que habían tomado parte en el movimiento emancipador desde los albores de la revolución.

Por una anomalía inexplicable, nuestra legislación

(1) DEL VALLE — «Nociones de Derech. Const.» T. I. — Pág. 239 (nota).

hasta una época reciente ha mantenido los tribunales de excepción creados *ex post facto*, para castigar delitos militares. El presidente de la República aplicaba la vieja ordenanza del ejercito de Carlos III, y nombraba por sí á los miembros de los consejos de guerra: tribunales de excepción extraordinarios, para los casos que motivaban su reunión, y que, pronunciada la sentencia, desaparecían. Hoy si bien estos consejos se forman después de cometido el hecho, están organizados de manera que el arbitrio individual no pueda indicar los jueces que han de componerlos. El nuevo código de procedimientos militares se encuentra dentro del concepto de la constitución.

IV. Garantías procesales; Inviolabilidad de la defensa, del domicilio, de la correspondencia. Declaración contra sí mismo. Arresto en virtud de la orden escrita de autoridad competente. Habeas corpus.

Las precauciones procesales del art. 18 no reclaman, en general, mayor estudio.

1º — Inviolabilidad de la defensa. En el estado actual de los procedimientos penales, es demasiado sabido que la defensa es inviolable, que todo reo tiene la indiscutible facultad de hacer saber á los jueces, cuales son los motivos que lo han movido á obrar en la forma que lo ha hecho. La defensa no ha existido siempre, es cierto, con la amplitud que hoy se le reconoce; pero, dentro de las leyes que se rigen en la actualidad se observa la mayor uniformidad, en el sentido de determinar que es inviolable.

2. — Las inviolabilidades del domicilio y de la correspondencia se explican fácilmente. El domicilio es un sagrado; el domicilio de un particular es invulnerable, para las autoridades de la Nación; también tiene que serlo la correspondencia, con tanta mayor ra-