

## LA EVOLUCIÓN JURÍDICA

Contratos . . . . .	52
Delitos y penas . . . . .	67
Sistema general de enjuiciamiento . . . . .	78

título eficaz de una propiedad, todo signo distintivo de la capacidad productora del hombre; era necesario, en fin, que una intensa actividad en la producción y en la riqueza mueble, provocase una reacción redentora de la propiedad raíz y reclamase la extinción de la mano-muerta, la consolidación de aquella propiedad, la certidumbre, de la extensión del dominio de cada asociado y aun la movilización que imponían las grandes empresas territoriales, encabezadas por los primeros ferrocarriles.

¡Y así fue, en efecto! Al influjo de las nuevas concepciones teóricas sobre la sociedad y el Estado, y de imperiosas necesidades prácticas del desarrollo económico, esa gran evolución de la propiedad, iniciada por las Cortes de Cádiz en la metrópoli y en las colonias, pudo sintetizarse por nuestra carta fundamental en dos garantías supremas: la libertad del trabajo y la inviolabilidad de la propiedad, ambas limitadas por el derecho de tercero, y por los de la sociedad, no inspirados en móviles de protección a la industria, en sus formas de prohibición, estanco o monopolio. Tan sólo la propiedad industrial quedó reducida a un tiempo limitado, gracias a la fuerza incontrastada todavía de los prejuicios del antiguo régimen.

Todo lo demás es el desarrollo aún incompleto de esos principios: la extinción de los oficios públicos vendibles y renunciables, la assimilación de la propiedad intelectual a la propiedad corpórea, la consagración de la propiedad industrial, el derecho exclusivo a las marcas comerciales y fabriles, la certidumbre en la condición jurídica de la propiedad inmueble, y la movilización de ésta por medio de las sociedades anónimas y las emisiones de bonos hipotecarios.

## CONTRATOS

Una estructura militar, y con mayor razón una estructura teocrático-militar, a cuyo tipo hemos visto corresponder la formación social y política de la España peninsular, y más tarde también la de las colonias de América, trae aparejado un régimen de cooperación impuesta y obligatoria, de reglamentación imperativa de todos los actos de la vida

social, *in cápote*, la producción, la circulación, la distribución y el consumo de la riqueza pública, que aseguran la subsistencia de la agrupación.

Dentro de este régimen, la codicia insaciable y la penuria crónica de los gobiernos políticos, substraen de consumo a la acción individual importantes ramos de la producción, o los confinan a personas privilegiadas por la influencia del favoritismo y del nepotismo, instituyendo los estancos y los monopolios, en tanto que la autoridad indisputada del Estado, bajo la fuerza de erróneas teorías, mantiene poco menos que estacionaria la producción individual, no sólo porque prescribe los métodos y procedimientos del trabajo, que perduran indefinidamente, sin progresar, sino porque niega todo aliciente a la inventiva particular, reglamenta hasta la nimiedad las formas de cooperación dentro de rígidos preceptos, dificulta la división atinada del trabajo y persigue con sus tendencias conservadoras toda innovación industrial, agrícola o comercial; dentro de ese régimen, el Estado necesita una gigantesca concentración de energías, una disciplina casi militar o monástica de los asociados, y esa entidad política, que no vacila en desconocer toda ciencia y todo credo que no sean los oficiales, para prevenir los choques y razonamientos entre los asociados y definir sus relaciones recíprocas en el orden económico, determina por medio de reglas coercitivas la condición respectiva de los agentes de producción y su participación en la riqueza; establece la tasa de los frutos de la tierra, la tasa de los efectos industriales, la tasa del trabajo, la tasa del capital; restringe los conductos o vehículos de cambio y de circulación por medio de privilegios a favor de ciertos mercados, con exclusión de los demás; limita las épocas y los lugares de cambio y tráfico, rodea de prohibiciones el crédito personal y mercantil; y como complemento, se ingiere aún en el consumo, por medio de leyes suntuarias y por la coacción civil, para los diezmos y primicias y otros tributos eclesiásticos; todo sin contar las cargas abrumadoras de impuestos empíricos, sin base científica, que estorban la rapidez de las transacciones.

Larga, muy larga, sería la lista de preceptos de la legislación española anterior a las Cortes de Cádiz, que comprueba este régimen de cooperación, característico de la estructura teocrático-militar espa-

ñola. Nos limitaremos a enunciar, por vía de ejemplo, las disposiciones más salientes de la Novísima Recopilación, ya que serían interminables las citas de los Código anteriores.

Bajo el imperio de la superstición y de las preocupaciones religiosas, la ley prohíbe toda clase de labores y el trabajo en tiendas abiertas durante los domingos y días festivos, que son abundantes; elimina del comercio los bienes de la Iglesia, que constituyen una masa considerable de riqueza, y arrebata al consumo personal o a la reproducción la décima parte de los frutos agrícolas, sin atender al costo del cultivo (leyes VII y VIII, tít. 1º, y los tít. 5º y 6º, lib. 1º, *Nov. Recop.*); para subvenir a las necesidades del consumo, especialmente en la Corte, y para hacer frente a las exigencias militares de la Nación, que sostiene una población parasitaria compuesta de nobles, palaciegos, soldados, cléricos y monjes de ambos sexos, acude al sistema obligado de la tasa y de las prohibiciones, y pone precio al pan, al vino, a los granos, a las carnes, a las aves domésticas, a las piezas de caza, a los tejidos de seda y lana, y aun a los libros (estos últimos se contraen más tarde a los de primera necesidad), establece el servicio de bagajes y alojamiento de la tropa, expide leyes suntuarias, reglamentando los trajes, vestidos, alhajas, sillas de manos, coches y literas de que se puede usar, y los criados que es lícito ocupar en el servicio doméstico, y prohíbe la extracción del oro y la plata, los ganados, los granos, el aceite, la harina, la seda y otras materias primas (tít. XVI y XVII, lib. 3º; XIII, XIV, XV y XVI, lib. 6º; XVI y XXIV; lib. 8º, y XIII, XIV, XV y XVI, lib. 9º, *Nov. Recop.*); para compensar la improductividad de las clases negativas o estériles en el orden económico; inspirado en erróneas teorías, somete a reglamentos especiales las artes y oficios organizados en gremios, tasa los salarios de los menestrales y demás obreros, y aun el precio de servicios profesionales, como los de abogado, que limita a una veintena del importe del negocio, con máximo de 30,000 maravedís y prohibición de ajustar igualas y cuotas-litis, fija las condiciones que deben tener los paños y tejidos y prohíbe la introducción de algunos artículos como la sal, la seda, las brujerías, los vestidos, los lienzos, los muebles y las telas y tejidos de algodón, seda, lino o muselina y otros efectos manufacturados (tít. XXVI, lib. 8º; tít.

XXII, lib. 5º, tít. XXIV, lib. 8º; tít. IV y XIII, lib. 9º, *Novísima Recopilación*); para asegurar el movimiento de la riqueza, instituye alhóndigas destinadas a la concentración de artículos de primera necesidad, como el pan y los granos; fija las ferias y días de mercado, restringe casi en absoluto el tráfico de los intermediarios del pequeño comercio, revendedores, regatones, tratantes y chalanes, veda a los extranjeros ser cambiadores, prohíbe el cambio con intereses de feria a feria y de un lugar a otro, y determina el máximum del interés del dinero (tít. XIX, lib. 7º; ley 17, tít. XVII, lib. 3º; tít. V, lib. 9º; ley 22, tít. I, lib. 10, *Nov. Recop.*); por último, para crearse una fuente de recursos, instituye al lado de las Regalías los estancos y monopolios del aguardiente, el tabaco y otros artículos, cuyo alcance se extiende o se restringe en proporción a las angustias fiscales y a los reclamos de los súbditos (tít. XXI, lib. 6º; y tít. XV, lib. 10, *Nov. Recop.*).

Algunas de las disposiciones restrictivas de la libertad de industria son atenuadas, como aparece de la ley 1ª tít. XXI, lib. 6º, de la Nov. Recop., la que previene que, para la subsistencia de los estancos privados y vedamientos otorgados por los reyes, el beneficiario debe hacer una declaración, y extingue para lo futuro la creación de otros nuevos. Pero estas disposiciones, además de ser teóricas, pues en lugar de las instituciones extinguidas surgen otras equivalentes, como las del ramo de abastos (véase la nota a la ley citada, en la edición de los Códigos Españoles), no alcanzan a favorecer a las Colonias.

Efectivamente, en Nueva España, aparte de las disposiciones vigentes en la Metrópoli, leyes especiales vienen a extremar la situación.

Se prohíbe establecer obras sin licencia especial y se concede a la ciudad de Puebla el permiso exclusivo de instalar telares de sedas, organizándose a la vez en beneficio de la Hacienda Real los estancos del azogue, la sal, la pimienta, los naipes, el solimán, los cordobanes, el alumbré y otros varios, se tasa el jornal de los indios; se prohíbe el comercio entre México y el Perú, y se limita el de Filipinas a \$ 250,000 de importaciones y \$ 500,000 de exportaciones al año; se otorga a la Casa de Contratación, de Sevilla, el privilegio para hacer el tráfico de Indias, de oro, plata, perlas, piedras, etc.; se prohíbe la introducción en la metrópoli de libros que traten materias de Indias, sin licencia

especial; se restringe el comercio de granos y se reglamenta la fabricación de pan, erigiéndose centros exclusivos de tráfico consistentes en las alhóndigas; se prohíbe el comercio entre negros e indios y se aplica el producto del labrado de diez brazas de tierra que hicieren los naturales a la formación del fondo de Cajas de Censo y bienes de comunidad.

La esclavitud, que ya hemos citado en otra parte, el servicio de mitas y de encomienda, impuesto a los indios, y el de contribución en dinero y en trabajo para la erección de iglesias, que también se les impuso, completan el sistema caracterizado por el *estatuto legal* en oposición a la iniciativa del individuo y al libre juego de las leyes económicas. (Tít. II, lib. 1º, ley 1º; tít. XXIV, lib. 1º; tít. XIV y XXVI, lib. 4º; tít. IV, IX y XIII, lib. 6º; tít. XIII, lib. 8º; tít. I y XLV, lib. 9º; Recop. de Indias).

Bajo un régimen como el que hemos apuntado, el hábito de definir las relaciones de orden económico por medio de convenios entre los particulares interesados, se desarrolla lentamente; la teoría jurídica del contrato, que es la médula del derecho privado, se ofrece raquítica y mezquina, y el número de contratos especiales se mantiene poco menos que estacionario. No es extraño que las leyes de Partida sólo traten en particular de los contratos reales, mutuo, comodato, depósito y prenda, de los contratos consensuales compra, arrendamiento, sociedad, procuración y donación y de los contratos *verbis*, promisión y fianza (título V, Part. 3º y Part. 5º). Esto lo había realizado ya el derecho romano en la grandiosa evolución que puede condensarse en las siguientes palabras:<sup>3</sup>

Del *nexum* primitivo, forma única de la obligación quiritaria, recargada de ritos y solemnidades, hizo surgir el contrato *verbis* y la *mancipatio*, menos embarazosas en sus fórmulas; halló más tarde en la última los elementos de los contratos reales y consagró a éstos con la sanción civil, substituyendo la simple entrega a las arcaicas ceremonias de la mancipación, mientras que las costumbres romanas le sugerían el contrato *litteris*, y los usos internacionales la hacían adoptar cuatro especies de convención, en que por primera vez se proclamaba que el consentimiento era la única fuente de la obligación. Cuando esto se llegó a admitir en el Derecho

3 Tesis profesional del autor de la presente exposición. 1896. [N. del A.]

romano, el estricto derecho debía comenzar a desaparecer de las instituciones jurídicas, y la Historia nos enseña cómo, a la par que la jurisprudencia del pretor admitía las excepciones de error, dolo y compensación respecto de los contratos solemnes, declaraba proceder la excepción *non numerata pecunia* respecto del contrato *litteris*; y algo más tarde se concedía sanción a los pactos hasta entonces desprovistos de efectos civiles, primero, porque se agregaban a un contrato; después porque la ratificación convertía en obligación civil a la obligación natural; más tarde, porque en los contratos sinalagmáticos se consideraba que el cumplimiento por una de las partes obligaba a la otra *re* o por los hechos; y al último, por sólo que pacto y convenio llegó a ser la misma cosa.

No es extraño que al expedir España las Ordenanzas de Bilbao, en 1737, ningún principio capital haya avanzado sobre el Código Savary y las Ordenanzas de Marina, adoptadas por Francia medio siglo antes en los tiempos de Colbert.

No es extraño, en fin, que ningún cuerpo de legislación española desarrolle en una síntesis completa la teoría del contrato en general, precisando los elementos de su formación, la naturaleza de las relaciones que engendran, las causas que lo invalidan o lo rescinden, los medios de extinción de las obligaciones, etc.; pues aunque muchas reglas concernientes existen, ellas no están enlazadas por una ideación lógica, no forman un conjunto coordinado y comprehensivo; en una palabra, son preceptos diseminados en las leyes, sin unidad material ni ilación ideológica que pudieran condensarlos en un sistema acabado de contratación. En cambio, existen las prohibiciones usurarias, las rescisiones por lesión y otras disposiciones coercitivas de la facultad de contraer.

Lo que debe llamar la atención es que haya podido espiritualizarse la idea de la obligación civil en un precepto liberal que proclama el consentimiento como el factor esencial de los contratos, sin sujeción a fórmulas o ritos, principio que viene consagrado desde el Ordenamiento de Alcalá (ley única, tít. XVI) hasta la Novísima Recopilación (ley 1<sup>a</sup>, tít. I, lib. 10), y que representa un enorme progreso en la historia de las obligaciones convencionales.

Las nuevas teorías sociales y económicas, que a pesar de todas las precauciones se infiltraban copiosamente en España, venían preparan-

do una evolución del contrato, que el comercio y la industria reclamaban para no verse detenidos en su crecimiento. Son precursores de esta transformación la abolición de las tasas de jornales, según Real Provisión de 29 de noviembre de 1767, y la supresión de los gremios por Real Orden de 1º de marzo de 1798. Después, las Cortes de Cádiz inician ostensiblemente la reforma económica, y además de las disposiciones que en otras partes de esta exposición hemos indicado, suprimiendo las mitas y servicios de encomienda, anulan los estancos menores de cordobanes, alumbré, plomo y estaño, en Nueva España; emancipan de tasas y posturas las primeras y ulteriores ventas de los frutos y producciones agrícolas, de los ganados y productos de caza y pesca, y de las obras del trabajo y de la industria, salvo la prohibición de exportar las cosas determinadas por la legislación vigente; declaran libre y expedito el tráfico y comercio interior de granos y demás producciones, así como su almacenamiento; dejan en libertad a los terratenientes para celebrar contratos de arrendamiento y autorizan la instalación de fábricas y manufacturas, y el ejercicio de cualquiera otra industria u oficio, sin más restricciones que las de policía y salubridad. (Decretos de 17 de enero de 1812 y los dos diversos de 8 de junio de 1813).

Los insurgentes, y en seguida el Gobierno independiente de México durante sus primeros treinta años, muy poco avanzaron sobre las disposiciones de las Cortes de Cádiz, precisamente porque la guerra de independencia y las luchas políticas de los partidos liberal y conservador, instituyeron un régimen militar en el país, culminante en los tiempos de Santa-Anna, régimen que la industrialización actual ha debilitado considerablemente en las relaciones privadas, si bien subsiste en el orden político.

Así, aunque la Constitución de Apatzingán (1814) declara que ningún género de cultura, industria o comercio puede ser prohibido a los ciudadanos, conserva los estancos destinados a “la subsistencia pública”; aunque el decreto de 20 de noviembre de 1823 desestanca la nieve, y el decreto de 21 de octubre de 1822 promete la libertad de la siembra, manufactura y tráfico del tabaco, el decreto de 9 de febrero de 1824 legaliza y reglamenta el estanco de dicho

artículo, y el decreto de 8 de marzo siguiente confirma el estanco de la pólvora, siguiéndose después disposiciones que franquean y que prohíben alternativamente la industria y el comercio de ciertos artículos, como el azufre y el salitre, y el mismo tabaco, y la introducción de numerosos artículos extranjeros, y que establecen o levantan las restricciones al tipo del interés. (Decreto de 25 de abril de 1827, 23 de mayo de 1829 y su reglamento de la misma fecha, 24 de marzo de 1830, 26 de mayo de 1832 y 3 de junio de 1833, 9 de agosto de 1836, arancel de 11 de marzo de 1837, 15 de abril de 1837, 12 de noviembre de 1841 y su reglamento de 20 de diciembre de 1841, 21 de julio de 1842, 14 de agosto de 1843, 3 de diciembre de 1845, 24 de junio de 1848, 3 de agosto de 1853, 9 de septiembre de 1853, 30 de diciembre de 1833, 21 de agosto de 1839 y 20 de noviembre de 1843).

Fue la Constitución de 1857 la que vino a fijar de una vez para siempre los fundamentos del nuevo régimen en materia de contratos, declarando que son garantías del individuo la libertad de industria, trabajo y profesión, y el aprovechamiento de sus productos, la libertad de asociación, la extinción de los monopolios, estancos y prohibiciones a título de protección a la industria, la abolición de todo contrato en que el hombre pierda su libertad, aun por causa de trabajo o de educación, la abolición de los servicios forzados, sin el pleno consentimiento y la conveniente remuneración (la reforma constitucional precisa claramente que subsisten las cargas concejiles y de jurado, el servicio militar y el trabajo penal), y la extinción de toda prestación arbitraria por bagaje y alojamiento de tropas.

Bajo el espíritu liberal de estas garantías, se expedieron el Código Civil de 1870 y el de 1884 que lo derogó, el Código de Comercio de 1884 y su substituto el de 1889 (el Código de Comercio de 1854 introdujo grandes progresos sobre las antiguas Ordenanzas de Bilbao, pero su vigencia fue efímera por razones políticas), las autorizaciones al Ejecutivo, en 1º de junio de 1895, y en 5 de junio de 1896, para el establecimiento de almacenes generales de depósito; la autorización de 2 de junio de 1896 al mismo Ejecutivo, en cuya virtud éste expidió la ley de instituciones de crédito, bancos de emisión, hipotecarios y de refacción, que vino a restringir considerablemente el monopolio de los

Bancos Nacional y de Londres; la ley sobre emisión de bonos hipotecarios, de 29 de noviembre de 1897, y la ley de 16 de febrero de 1900 sobre almacenes generales de depósito.

Bajo un plan sistemático, el Código Civil de 1870 desarrolla concisamente la importante teoría de las obligaciones convencionales; señala como elementos de la validez de los contratos la capacidad de las partes, el mutuo consentimiento y el objeto lícito; erige en principio general la habilidad para contraer, quedando como una excepción las incapacidades que ya hemos expuesto, derivadas de la falta de inteligencia o del desarrollo incompleto de la misma en los locos, idiotas, imbéciles, dementes y sordo-mudos, que no sepan leer ni escribir, o de la tradicional y anticuada inferioridad de las mujeres; reconoce en el consentimiento la causa eficiente de las obligaciones convencionales, cuyo alcance extiende a todas las consecuencias conformes con la *buenafe*, el uso y la ley; prescribe la forma en que ese consentimiento debe darse, verbal o escrito, o por hechos, limitando esta última a los que tengan imposibilidad para hablar o escribir, sin duda porque, respecto de los demás, la ley considera que el lenguaje y no la pantomima es el medio natural de expresión en los pueblos civilizados; mantiene el principio de la *res inter alios acta* para los terceros, consecuencia forzosa de la falta de consentimiento; persigue con la nulidad, a petición de la parte lesionada, los contratos en que el consentimiento lleva el vicio de la violencia, de la coacción y del error esencial o del error derivado del dolo y de la mala fe; despoja de fuerza obligatoria a los contratos legal o físicamente imposibles, comprendiendo en los primeros los que son contrarios a la ley o a las buenas costumbres, o los que no pueden reducirse a un valor estimable en dinero o son de cosa indeterminable, niega toda sanción a las cláusulas en que el derecho público se afecta y a las renuncias inconscientes, como las de las leyes en general, y las en que no se expresa el derecho renunciado; clasifica los contratos y las obligaciones según las divisiones clásicas, descendiendo en algunos puntos hasta el detalle del casuismo; determina los efectos de las obligaciones, en cuanto a hechos, cosas y prestaciones de dinero, y a la responsabilidad civil; define los efectos de la nulidad de los contratos y los casos de ratifica-

ción, así como los efectos de la rescisión, incluyendo entre las causas de la última, la lesión en el contrato de compra; enumera los medios conocidos de extinguir las obligaciones, y entra en seguida a la particular reglamentación de los contratos, fijando las reglas interpretativas de la voluntad de los contrayentes, y las prohibiciones e incompatibilidades de derecho público, propias de tales contratos en particular.

El Código Civil de 1884, conserva en su conjunto el sistema, pero marca un retroceso, porque instituye en regla general la necesidad de la forma externa, so pena de nulidad de todos los contratos cuyo interés excede de 200 pesos y que sean por un plazo de más de seis meses.

Pero aunque estos códigos bastaban en general para las necesidades ordinarias de la vida civil, estaban muy lejos de satisfacer las exigencias del tráfico mercantil, que ya desde las Partidas había merecido algunos preceptos especiales, y que en el desenvolvimiento posterior había dado causa a un grupo de disposiciones recopiladas en la legislación común e incorporadas finalmente en las Ordenanzas de Bilbao.

Respondiendo a las necesidades reales del tráfico, enormemente crecidas y transformadas en el intervalo, el Código de Comercio de 1884 vino a substituirse a las antiguas Ordenanzas de Bilbao, que eran ya inadecuadas. Dicho Código de Comercio clasificó como actos mercantiles, los contratos cuyo propósito exclusivo es el lucro, los que son accesorios a estos mismos contratos, como la comisión, la correduría, la factoría, los transportes y los seguros, y los que por razón de hábitos semejantes o motivos de paralelismo, requerían esa asimilación, como las empresas industriales y manufactureras. Extendió a los menores de veintiún años, pero mayores de diez y ocho, emancipados o habilitados, la capacidad para ejercer el comercio, y otorgó igual capacidad a la mujer soltera y a la casada, con licencia de su marido o libre del poder marital, según el derecho común. El mismo Código reglamentó las cinco especies de sociedades admitidas en el derecho francés, aunque con ciertas modificaciones esenciales en cuanto a la administración de las sociedades por acciones, y fijó reglas para los

contratos más importantes de orden mercantil. Conservó, sin embargo, el requisito embarazoso de la forma externa para todo contrato a plazo.

El Código de Comercio de 1889, fue en este último punto más liberal, pues reprodujo el principio de la ley 1<sup>a</sup>, tít. I, lib. 10, de la Nov. Recop., si bien en otras materias, como en letras de cambio, libranzas, propiedad mercantil, etc., etc., significó un retroceso, gracias a una reglamentación contraria a las prácticas útiles y lícitas del comercio.

La ley sobre Instituciones de Crédito vino a permitir la creación de los Bancos de emisión, hipotecarios y refaccionarios, bajo un sistema restrictivo de concesión previa del Gobierno, de condiciones relativas al capital social a la manera de formarlo, de requisitos referentes a la administración de esos bancos y de la vigilancia del Gobierno. Las ideas que en la formación de esa ley prevalecieron, pueden verse resumidas en los siguientes conceptos de la exposición de motivos presentada por la Secretaría de Hacienda:

El Código de Comercio promulgado el 20 de abril de 1884, contenía sobre esta materia una serie de disposiciones que, en su mayor parte, estaban destinadas a permanecer letra muerta, principalmente en lo relativo a bancos de emisión, porque los artículos transitorios de dicho Código, en concordancia con el artículo 8º, de la concesión expedida pocos días después en favor del Banco Nacional de México, constituyan un régimen bajo el cual era imposible la creación de nuevos bancos, y hasta la subsistencia de los que entonces funcionaban.

La anomalía de haberse incorporado disposiciones de carácter general que afectan a extraños y son más bien de derecho público, conserva el carácter de arreglo celebrado entre dos partes; la circunstancia de que no obstante las estipulaciones contenidas en dicho contrato, y las protestas en él fundadas que formuló el Banco Nacional, se expedieran concesiones para el establecimiento de bancos de emisión en diversos puntos de la República; y por último, la supresión, en el nuevo Código de Comercio de 1889, de los preceptos que en materia de Bancos contenía el anterior, crearon una situación llena de inconvenientes, que colocó al Gobierno en la necesidad de adoptar una actitud definida y basada en un sistema que, respetando todos los derechos legítimos, fuese, a la vez, apropiada a las necesidades del país.

Permitir sin restricción de ningún género que se establecieran por todas partes de la República Bancos que emitiesen billetes, nadie podría aconsejarlo; pero expedir una ley general que reglamentara la facultad de

emisión, exigiendo para ella las garantías necesarias, y que estableciese la vigilancia a que debían someterse dichos establecimientos, dándoles, en cambio, libertad para comenzar sus operaciones sin autorización previa del Poder público, era una solución digna de estudio, ya que otros países, y especialmente uno vecino del nuestro, han seguido con fruto ese camino.

Al comparar las condiciones políticas y económicas de las naciones cuya legislación dispensa a los Bancos de recabar concesión para emitir billetes, se observa desde luego, en todas ellas, que sus habitantes están familiarizados con la práctica de la libertad individual, y se precavan, por lo mismo, de las graves consecuencias a que puede conducir el abuso, y algunas veces, aun el ejercicio no abusivo de esa misma libertad. El grado de cultura intelectual a que han llegado las masas y su experiencia en los negocios, constituyen el contrapeso más eficaz que pueden tener las tendencias exageradas, y aun las torcidas y avisas de un establecimiento mal administrado. Por último, el interés bien comprendido de los mismos Bancos los induce a estrechar sus relaciones y a prestarse un apoyo recíproco, que los pone, casi siempre, a cubierto de las crisis económicas y de los acontecimientos adversos.

¿Puede pretenderse, con razón, que México se halle en esas circunstancias? La introducción recientísima de los Bancos propiamente dichos; la falta de experiencia en el uso del crédito; la desconfianza que todavía prevalece, particularmente fuera de los grandes centros de población, hacia el documento o título que lo representa, y el espíritu muy marcado de imitación que, seguramente, provocaría una multiplicidad de Bancos, sin proporción alguna con las necesidades del país, son, entre otras varias causas, las que abogan en pro de ciertas restricciones, mientras no se aclimaten aquí las ideas y prácticas sin las cuales es por extremo peligrosa la absoluta libertad bancaria.

Si a éstas consideraciones se agrega el temor de una reacción poderosa en contra del billete de Banco, en el caso de quiebra de algún establecimiento, aun cuando fuese de poca importancia, no se juzgará desacertada la solución que el Gobierno ha dado a este problema, y en virtud de la cual el número de Bancos locales que se establezca, no puede llegar a ser excesivo.

Al inspirarse en estas ideas, la nueva ley dará seguramente como resultado, al menos en los primeros años, una especie de oligarquía bancaria, haciendo que se distribuyan convenientemente en toda la extensión de la República las instituciones de crédito, sin que su número sea, sin embargo, tan corto que pueda decirse que la facultad de emitir constituya un privilegio en favor de unos cuantos. En todo caso, es más prudente, en materia tan delicada como la del crédito, que la Nación quede en aptitud de ampliar más tarde los términos de su legislación, para

favorecer la multiplicidad de Bancos en mayor escala, que no ponerla en el caso de restringir después el número de las instituciones y las facultades de éstas, obligada por los malos resultados de un primer ensayo.

Tales son, en concreto e independientemente de otras consideraciones dimanadas de la naturaleza del Poder público, las principales razones que decidieron al Gobierno en favor del requisito previo de la concesión, para el establecimiento de las Instituciones de Crédito, y en favor también del pensamiento relativo a los llamados primeros Bancos en los Estados.

Gran empeño se ha tomado en exigir para la formación de los Bancos las condiciones que se reputan más serias y eficaces, a fin de que sólo se acometan estas empresas con los elementos necesarios, y las instituciones se organicen con la estabilidad, la fuerza y el prestigio que les aseguren una existencia dilatada y próspera.

No se encaminan a otro objeto las disposiciones relativas al otorgamiento de un fuerte depósito de títulos de la Deuda pública, para garantizar que el Banco se establecerá dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de la concesión; las que previenen que sólo las sociedades anónimas, y no los individuos particulares pueden explotar los Bancos, y que cuando los concesionarios sean individuos particulares, nunca sean menos de tres, ni puedan ser dueños de la concesión más que por el tiempo indispensable para organizar la sociedad anónima a cuyo favor debe traspasarse; las que prohíben que en un mismo establecimiento se confundan autorizaciones y prerrogativas que por su naturaleza deben pertenecer a instituciones de índole distinta; y, por último, los preceptos relativos a la organización de las sociedades anónimas que deban explotar las concesiones, los cuales establecen, en algunos puntos, condiciones y restricciones más severas que las del Código de Comercio, para mejor garantía de los intereses del público.

La ley sobre almacenes de depósito estableció para estas instituciones el mismo sistema autorizado para las instituciones bancarias, sin duda por la semejanza de la naturaleza fiduciaria de sus operaciones.

Por último, la ley sobre emisiones de bonos hipotecarios legalizó en el país una situación de hecho, que existía gracias a concesiones especiales y que se realizaba bajo la forma exótica del trust norteamericano e inglés. Esa ley contiene, sin embargo, restricciones para la emisión que no se compadecen con el sistema de libertad económica, tales como la disposición que limita a las empresas ferrocarrileras, de minas y de obras públicas, y a las sociedades por acciones, la facultad de emitir bonos

hipotecarios, y el precepto que exige la exhibición previa del 10 por 100 del importe del capital total que debe ser subscripto.

Toda esta legislación reconoce, en general, como origen la libertad del contrato; pero en ella se encuentran siempre preceptos más o menos importantes, que, como se ha visto, restringen la libertad económica y la facultad de contraer, por motivos de carácter económico, como un resabio difícil de arrancar del antiguo régimen del Estatuto, o sea, de la cooperación impuesta y obligatoria, bajo el cual el Estado ha pretendido regir la vida económica de los pueblos en los tiempos pasados.

Ni entre nosotros, ni en las naciones europeas, ha llegado a su más amplio desarrollo la codificación civil, porque al lado de prescripciones que consagran el consentimiento como única fuente, como la ley suprema de los contratos; al lado de disposiciones que prohíben enajenar en absoluto la libertad de contraer, así como las renuncias generales de las leyes y la especial de derechos que no se conocen, que prescriben la nulidad de todo contrato en que el consentimiento sea obscuro o haya sido viciado, y que ningún contrato puede derogarse por voluntad o hecho de alguno de los contrayentes, que prohíben las vinculaciones y limitan el número de derechos reales para favorecer la libre concurrencia; al lado de la declaración de que los contratos no pueden aprovechar ni perjudicar a los terceros, declaración hecha para cualquier caso y en cualquier forma en que el perjuicio o el provecho sea posible, hay multitud de preceptos de derecho público, no inspirados en móviles internacionales, en incapacidad de menores, en motivos penales, morales o de pudor, no tomados de razones fiscales o político-constitucionales, sino originados de la pretendida protección que el Estado quiere dispensar a los particulares, y esto cuando nuestro régimen económico es de libre concurrencia, esto cuando la Constitución anula los monopolios y las prohibiciones, y cuando la ciencia económica nos enseña que es inútil la protección del Estado, cuando funciona libremente el regulador *concurrencia*; y que ésta es la única que, dirigida por el interés personal, puede fijar las condiciones de los contratos, las relaciones jurídicas de los particulares en la forma más útil, en virtud de la ley de las cantidades y de los precios.<sup>4</sup>

A este género de prescripciones, inspiradas en la protección a los particulares por móviles económicos, corresponden en el derecho

4 Tesis profesional citada. [N. del A.]

civil las nulidades de los contratos entre las partes por defecto de forma, las limitaciones relativas al monto de la cláusula penal, la liberación del deudor en créditos litigiosos, por el pago del precio de dichos créditos, en el caso de cesión a un tercero, la prohibición del pacto comisorio, la rescisión por causa de lesión en los contratos de venta, la nulidad de la donación de todos los bienes, la prohibición de seguros por tiempo indefinido, la limitación de la apuesta en juego lícito; en el derecho mercantil, las distinciones en cuanto a la fuerza obligatoria de las letras y las libranzas, la limitación del número de formas de sociedad, la restricción de los documentos que pueden expedirse con la cláusula “a la orden”, y otras muchas que sería cansado enumerar.

En este punto, la legislación necesita urgentemente realizar la transformación más radical.

De nada sirve que la Constitución establezca entre nosotros, y la ciencia económica preconice la libre concurrencia como único regulador eficaz de la producción, distribución, circulación y consumo de las riquezas, en los pueblos que han instalado los inmensos talleres de la grande industria, que han abandonado los procedimientos empíricos y rutinarios por los métodos científicos y progresistas (y México ha verificado esto en el tiempo que lleva de paz, gracias a la incorporación de capitales extranjeros en nuestras industrias, a la instalación de ferrocarriles, al desarrollo de la actividad agrícola y otros factores); de nada sirve todo esto, decimos, cuando nuestras leyes aun no desprenden el contrato de las formalidades, y para proteger a los contrayentes les niegan que el consentimiento en un gran número de convenciones baste a producir derechos en su favor; cuando con el carácter de preceptos de orden público persisten las arcaicas formas de transmisión de derechos, que hacen imposibles el endoso y la tradición en los casos imprevistos por la ley; cuando se ahoga el crédito, impidiendo la emisión de billetes de Banco, de letras, de libranzas y otros títulos fiduciarios al portador y a la vista; cuando se mantiene intacto el viejo derecho hipotecario, y no se admite su fraccionamiento en obligaciones fácilmente transmisibles; cuando, en una palabra, se traba la circulación, se inmoviliza el capital, se impide que se aplique fácilmente a la producción, se eleva el costo de las empresas y el precio o interés del dinero, y cuando se intenta remediar estos males legislativos con subsidios pecuniarios, prerrogativas y exenciones a las empresas, que importando una carga más para el contribuyente, merman su

libertad, porque le restringen la facultad de aplicar los productos de su trabajo al uso que mejor le parezca.

## DELITOS Y PENAS

La religión, en su doble aspecto moral y dogmático, tiene que ser forzosamente la primera condición de existencia de toda nacionalidad preparada, como la española, por la unificación religiosa, constituida legalmente por los concilios eclesiásticos y reconquistada y rehecha bajo las insignias de una guerra santa; la teocracia es el símbolo genuino de esa nacionalidad y el instinto de conservación del grupo director conduce a vincular la vida de la asociación entera en la supervivencia inmutable de los cánones morales, y con especialidad, de los principios dogmáticos en que se informa la religión oficial, porque estos principios, que no son verdades científicas, que son *verdades ficticias*, hijas de la fe en lo maravilloso y sobrenatural, son susceptibles de inculcarse más profundamente en los espíritus rudos e incultos y de servir de cimiento a las jerarquías sociales y a la conservación de la disciplina política.

Si al lado de esta teocracia, un poder monárquico-militar ha subsistido, por razón de las guerras, tal poder busca el equilibrio en una alianza con los depositarios de la religión, pide a ésta un fundamento santo y sagrado en que apoyar firmemente el principio de autoridad, y acaba por una subordinación en virtud de la cual preconiza el origen divino de la realeza en la unción sacerdotal y su respeto indiscutible en el juramento de la fidelidad. Cuando la fuerza efectiva de esa realeza se desarolla, gracias a las necesidades de la guerra, que imponen la supresión o el debilitamiento progresivo de los señoríos múltiples que han servido de auxiliares, y llega a una unidad fundada en la disciplina, la monarquía conserva la tradición de su origen divino,

5 Tesis profesional citada. Después de escrita dicha tesis, fueron expedidas la ley sobre emisión de bonos hipotecarios y la de Bancos, que acabó con el monopolio de dos instituciones poderosas, pero que ha conservado multitud de restricciones al crédito comercial, como queda dicho. [N. del A.]

pero se arroga el derecho de legalizar la organización del poder religioso e instituye a su vez el patronato real, que en las nuevas condiciones de equilibrio, viene a ser el contrapeso de la unción sacerdotal. En esta nueva situación, la disciplina teocrático-militar, encarnada en la observancia de los preceptos morales y dogmáticos de la religión y el respeto casi divino a la autoridad política constituida, representa la existencia misma de la nacionalidad. Toda desviación de esa disciplina es un pecado, que exige la expiación, es un atentado que reclama el castigo, y la expiación y el castigo deben ser tanto más terribles, cuanto más íntimamente se afecte la esencia de la religión, que es el dogma, y la esencia de la organización monárquica, que es la obediencia y la fidelidad.

...Al lado de estas condiciones de existencia del grupo, figura, aunque con un carácter secundario, la armonía pacífica de los individuos componentes de la nacionalidad: las agresiones violentas a la propiedad particular y a las personas son ciertamente causas de perturbación social y debilitan la cohesión del grupo, a la vez que infringen los mandamientos de los cánones que componen la moral de la religión; pero mientras la propiedad no alcanza un gran valor y es sacrificada constantemente, a las necesidades de la guerra; mientras los hombres, endurecidos en esta forma de actividad y rodeados de peligros e incomodidades, no sienten respeto por la vida de otro, ni se percatan de proteger en alto grado la vida propia, las agresiones a la persona o a los bienes no revisten caracteres de suma gravedad, o por lo menos, como no lesionan directamente la integridad del poder religioso, ni amenazan la dignidad monárquica, el aspecto delictuoso de tales actos se disipa tanto a las veces, que se revuelve en compensaciones civiles. Más perturbador de la existencia social se considera el ataque a la dignidad personal, sin duda gracias a la formación de las clases superiores y al espíritu caballeresco y heroico de la época y de la raza, a tal punto que llega a ser lícito y permitido el homicidio en la forma tradicional de los duelos y desafíos.

Tal es el concepto del delito en la legislación española. Predomina en los primeros tiempos la idea religiosa del pecado, a la vez que la idea política de la infidencia o indisciplina, y la escala de gravedad de

los delitos corresponde a la escala de intensidad de estos dos criterios combinados, figurando en segunda línea los ataques violentos que no afectan al dogma, ni a las jerarquías sociales establecidas. La traición al Rey es traición a la patria, que se encarna en el monarca, y a la religión que lo consagra; la discrepancia en el dogma es la infidencia a la divinidad, que lo ha inspirado, y a la autoridad real, que es el sagrado custodio de su integridad.

Después vienen los delitos que hoy se llamarían comunes, los que importan una agresión directa a la honra, a las personas, a la honestidad y a los bienes de los particulares; estos delitos se agravan mientras más hondamente lastiman la piedad religiosa, como el aborto provocado por los padres y el parricidio, o a medida que más perturban las jerarquías sociales, como los delitos de siervo a hombre libre y viceversa (tít. I, Preliminar, y libros 6º, 7º, 8º y 12º, Fueno Juzgo).

El criterio dominante en esta legislación puede encontrarse en las siguientes palabras de la ley 2, tít. II, lib. 12º:

E por ende defendemos, que ningund omne de ninguna gente, si quier de nuestro regno, o estranno, ni de otra tierra, non ose disputar paladinamente, nin a furto, que lo faga por mala entencion contra la sancta fée de los cristianos, la fée que es una sola verdadera: nin seya osado de la contrallar, nin nengund omne non ose despreciar los evangelios, nin los sacramentos de la sancta iglesia: nin nengund omne non desprocie los establecimientos del apóstol: ningun omne non seya osado de quebrantar los mandamientos que ficieren los sanctos padres antiguaniente: ningund omne non sea osado de despreciar los establecimientos de la fée, que facen aquellos que agora son: nengun omne non ose murmurar contra ningun santo, nin contra los sacramentos de la sancta fée: nin cuídelo en su corazon, ni lo diga por la boca; ni lo contradiga; ni lo contienda, nin lo dispute contra ninguno.

Por mucho tiempo más después del Fueno Juzgo, subsiste el concepto religioso-político del delito, y aun crece en intensidad, gracias al enardecimiento del celo místico que despierta el temor a la propaganda mahometana, junto con la estupenda militarización de España en la guerra de reconquista, seguida de los sistemáticos esfuerzos de concentración y unificación, política de la península, y gracias también más tarde, a la colonización teocrático-militar de las Indias Occiden-

tales. Pero al lado de ese concepto antiguo del delito, que perdura, las nuevas formas de convivencia, el desarrollo de los sentimientos de sociabilidad, las necesidades de un creciente avance económico, en una palabra, la cultura progresiva de España, secundada muy posteriormente por la flamante resurrección de las teorías sobre el derecho natural y el derecho de gentes, trajeron a la legislación un nuevo criterio en la materia de los delitos, y a través de las brumas espesas de la teología pudo apuntar francamente en las Siete Partidas, y desenvolverse en las Recopilaciones posteriores, el concepto netamente laico de que la sociedad por su propia protección debe castigar y reprimir toda agresión violenta, que perturbe la seguridad social, aunque el directamente lesionado sea un particular.

Ouidança, e atreuimiento, dice la ley de Partida, son dos cosas que fazen a los omes errar mucho... E porque tales fechos como estos, que se fazen con soberuia, deuen ser escarmentados crudamente, porque los fazedores reciban la pena que merecen, e los que lo oyeren, se espanten, e tomen ende escarmiento, porque se guarden de fazer cosa, porque non reciban otro tal... Queremos aquí demostrar en esta setena partida de aquella justicia, que destruyendo tuelle por crudos escarmientos las contiendas, e los bollicios, que se leuantan de los malos fechos, que se fazen a plazer de la vna parte, e a daño, e a deshonrra de la otra. Ca estos fechos atales son contra los mandamientos de Dios, e contra buenas costumbres e contra los establecimientos de las Leyes, e de los Fueros e Derechos.

Propiamente es dicha acusación, profacamiento que vn ome faze a otro ante el Judgador, afrontandolo de algun yerro, que dice que fizó el acusado, e pidiendo, que le faga vaganca del. E tiene grand pro tal acusacion a todos los homes de la tierra comunamente. Ca por ella quando es prouada, se escarmienta derechamente el mal fechor, e recibe vengança aquel que recibió el tuerto. E demas, los otros omes que lo oyeren, guardarse han despues de fazer cosas, por que pueden ser acusados. (Párrafo preliminar y ley 1º, tit. I, Part. VII).

La gravedad y el número de los delitos religiosos crecen bajo las leyes de Partida, y más aún, bajo las recopiladas, en las cuales puede encontrarse la culminación del fanatismo cruel e intolerante, persiguiendo todo credo distinto del católico, toda desviación herética, todo olvido pecaminoso de la santidad divina, la hechicería, la blasfemia y el

perjurio. (Títs. del XXIII al XXVIII, Part. VII y títs. del I al VI, lib. 12, Nov. Recop.)

La gravedad y el número de los delitos políticos aumenta en la misma proporción. La conspiración, la rebelión, la sedición, el motín, la resistencia, la deserción, la desobediencia y el abandono, y la retención de funciones, ejecutados contra el Rey, la protección de fuga de un traidor, y aun la falsificación de moneda y de sellosreales, y el daño en estatuas erigidas en honor del monarca, asumen los negros caracteres de la traición. (Tít. II, Part. VII. y títs. VII a X, lib. 12, Nov. Recop.)

Pero al lado de estos delitos, que importan una agresión directa y exclusiva a las condiciones del grupo como entidad política y religiosa, la legislación de las Partidas y las leyes Recopiladas instituyen un sistema completo de protección de la sociedad como agregado de individuos, comprendiendo en sus preceptos toda clase de agresiones a la propiedad, a las personas, a la honra, a la honestidad y a la seguridad del grupo de asociados, e imprimiendo al espíritu de vindicta pública cierto sello preventivo o de *escarmiento* para los malhechores. (Títs. VIII a XXVIII, Part. VII, y títs. XIV a XXXI, lib. 12, Nov. Recop.)

Bajo este sistema híbrido, que considera el delito ora como un acto pecaminoso, que infringe los cánones de la religión, ora como una infidencia al Estado, ora como una agresión perjudicial a la seguridad y armonía de los individuos asociados, la penalidad es una expiación, una vindicta o una forma de escarmiento, según las circunstancias, y dentro de estos tres conceptos adolece del espíritu de barbarie en que se inició la formación de la nacionalidad española, y a la vez del rigor militar de la constitución política de ésta y de la desigualdad de clases.

Penas, dice la ley 1<sup>a</sup>, tít. XXXI, Part. VII, es enmienda de pecho, o escarmiento, que es dado, segun ley, a algunos, por los yerros que fizieron. E dan esta pena los Judgadores a los omes, por dos razones. La vna es, porque resciban escarmiento de los yerros que fizieron. La otra es, porque todos los que lo oyeren, o vieran, tomen exemplo e apercibimiento, para guardarse que non yerren, por miedo de las penas. E los Judgadores deuen mucho catar, ante que den la pena a los acusados, e escrodiñar muy acuciosamente el yerro, sobre que la mandan dar; de manera, que sea ante

bien prouado e catado, en que guisa fué hecho el yerro; ca si el yerro fué hecho a sabiendas, deuese escarnientar assi como mandan las leyes deste libro. E si auiniere por culpa de aquel que lo hizo, deue rescebir menor escarmiento, e si fuere por ocasion, non deue recibir ninguna.

La excomunión, la inhabilitación perpetua para cargos y dignidades, la infamia en su forma más brutal de exposición a la vergüenza pública, y el destierro y la proscripción, son otras tantas formas de segregación religiosa, política y social bajo las cuales se manifiestan la expiación, el castigo y el escarmiento que sirven de base a la penalidad en el orden moral.

En el orden corporal, si la pena de muerte es simplemente una segregación represiva, las agravaciones en su ejecución, y la mutilación y los azotes públicos, constituyen la supervivencia de la vindicta y del sufrimiento expiatorio de la ley del Talión.

Por último, en el orden pecuniario, la penalidad consiste o en la composición privada, que es admisible para todos los delitos que merecen pena corporal (ley 22, tít. I, Part. VII),<sup>6</sup> o en la confiscación total o parcial, que es una forma de aniquilamiento del individuo, o en la multa.

Y aunque se establece desde el Fuero Juzgo que las penas son personales, los casos de trascendentalismo se repiten con frecuencia en ese Cuerpo de leyes y en los que le siguen.

La transformación política de España realizada bajo las Cortes de Cádiz, como una consecuencia de las teorías entonces en boga sobre la soberanía de las naciones y la dignidad del hombre, trajo consigo las primeras alteraciones esenciales en el viejo derecho penal: al cambiar los hombres de gobierno, cambió el criterio de la legislación.

La pena de azotes es abolida, como un castigo degradante, “símbolo de la antigua barbarie, y vergonzoso resto del gentilismo”. (Decreto de las Cortes de 8 de septiembre de 1813). Y la abolición es

<sup>6</sup> Cuestión muy debatida entre los tratadistas ha sido la de saber si la composición entre el acusado y el ofendido subsistió después de las leyes de Partida como medio de extinguir la acción penal. Parece lo contrario, por lo menos en cuanto a la pena de galeras y al delito de injurias graves, en los términos de las leyes 4a., tít. XL, y 3a., tít. XXV, lib. 12, *Nov. Recop.* [N. del A.]

confirmada en Real Orden de 28 de mayo de 1820, porque esa pena “es capaz por sí sola de arrancar del corazón del hombre los principios del pundonor, que pueden hacerle volver al camino de la virtud, aun después de haberse extraviado por algún delito”. ¡Por primera vez se busca en la pena un elemento correctivo del delincuente!

La Constitución insurgente de Apatzingán resume en su artículo 23 la nueva filosofía del derecho penal: “La Ley sólo debe decretar penas muy necesarias, proporcionadas a los delitos y *útiles a la sociedad*”; pero conserva el estatuto religioso, impidiendo todo ataque al dogma católico.

La Constitución de 1824 es más explícita: prohíbe que la pena de infamia sea trascendental y anula la confiscación de bienes, como lo había ya establecido la Constitución española de 1812.

Se suceden algunas disposiciones aisladas, sin unidad de sistema, pero que convergen a estos dos fines: disminuir la atrocidad y los efectos degradantes de la pena, e introducir en ella el elemento correctivo: el reglamento de 11 de abril de 1833 establece talleres de artes y oficios en la Cárcel Nacional y fija ciertas agravaciones a las penas, según la conducta de los presos; las leyes constitucionales de 1836 reproducen la prohibición de la pena de confiscación de bienes, y anulan de una manera absoluta las penas trascendentales; las bases orgánicas de 1843 reiteran los mismos preceptos, y prohíben agravar la pena de muerte con algún otro padecimiento físico; los decretos de 7 y 8 de octubre de 1848, fijan las bases de los establecimientos penitenciarios y de la construcción de edificios apropiados en el Distrito y en los Territorios Federales.<sup>7</sup>

Son los constituyentes liberales de 1857, los que en forma sistemática establecen las bases fundamentales del derecho penal propiamente

<sup>7</sup> Omitimos hablar de algunas leyes de circunstancias, y entre ellas incluimos las de salteadores y la de heridores, homicidas, ladrones y rateros, de 5 de enero de 1857, que establecen penas severas para contrarrestar el estado de anarquía, desorden y bandolerismo, concomitante con las revoluciones crónicas. Es de notar, sin embargo, que la última ley citada inicia entre nosotros para los delitos indicados el sistema clásico del derecho penal, con sus clasificaciones acerca de los grados de culpabilidad del delincuente, conforme al principio de la justicia racional, y acerca de los grados del delito y proporcionalidad de la pena al mal que cause aquél, proporcionalidad fundada en el interés social y en la teoría de la delincuencia como entidad abstracta. [N. del A.]

mexicano, bases ampliadas en las leyes de 4 de diciembre de 1860 y 14 de diciembre de 1874, y en la reforma constitucional de 25 de septiembre de 1873.

Como se declara que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, las agresiones que se dirigen al hombre, en sus diversas formas de actividad individual o colectiva, reclaman una represión más enérgica que los ataques a la organización política, que no es un fin, sino un medio, y que queda abierta a la transformación pacífica. Los delitos políticos, que toman un rango secundario en la legislación penal, sólo existen si constituyen ataques violentos, y sus autores son substraídos a la pena capital, que permanece en vigor únicamente cuando se pone en peligro la vida misma de la agrupación como entidad internacional, esto es, en el caso de traición a la patria en guerra extranjera.

Como la religión católica cesa de ser un factor en las condiciones de existencia social, y ésta estriba para lo futuro en la libertad de conciencia, los delitos religiosos desaparecen de la legislación y quedan solamente sometidos a ella los actos de culto externo de cualquiera secta o religión que perturben el orden público.

Como la pena es un mal que infinge la sociedad, no para imponer una expiación, ni para satisfacer una venganza, sino para fines repressivos, y como se acepta que todo hombre, originariamente igual a los demás, aunque viciado por el delito, tiene derecho a vivir y hay esperanza de corregirlo, se extingue toda penalidad que sea contraria a ambos fines combinados, que sea aniquiladora o degradante o que pervierta los sentimientos de sociabilidad, y así se prohíbe la mutilación, los azotes, el tormento, los palos, la marca, la infamia, la multa excesiva, la confiscación y toda pena trascendental o inusitada, ofreciéndose la abolición total de la pena de muerte para cuando el sistema penitenciario permita corregir a cualquier criminal.

La teoría de nuestro nuevo derecho penal quedó bien sintetizada por dos de los más notables oradores del Congreso Constituyente en los conceptos que siguen, emitidos en el debate sobre la pena de muerte:

El señor Zarco dice que experimenta la más viva satisfacción al ver que en el Congreso no hay una sola voz que se levante en defensa de la bárbara pena de muerte, y reconoce que la comisión ha dado un gran paso en la vía de la reforma, proclamando la abolición de la pena capital para los delitos políticos. Pero deseando de una vez que cese esta pena, porque la reputa como ineficaz, como estéril y como un verdadero asesinato que la sociedad comete en uno de sus individuos, sin tener para ello el menor derecho, se declara en contra del artículo, y cree que la defensa de la pena de muerte como institución perpetua o transitoria, sólo puede fundarse en la falsa idea de que la sociedad debe vengarse del delincuente. La venganza no debe entrar jamás en las instituciones sociales; la justicia debe tener por objeto la reparación del mal causado y la corrección y mejora del delincuente, y nada de esto se logra con ofrecer al pueblo espectáculos de sangre que sirven sólo para desmoralizarlo.

El señor Ramírez (D. Ignacio) dice:

La responsabilidad del criminal hacia el ofendido no puede admitirse como norma de la legislación, pues esa responsabilidad sólo pasa en casos excepcionales, como cuando un caminante es acometido por un salteador. Admitirla siempre, sería consentir en que la medida de la justicia fueran el resentimiento, la ira y la venganza del ofendido. La responsabilidad es ante la sociedad, y es también de la misma sociedad para con sus individuos, y de aquí resulta que lo que hay que hacer es procurar la reparación, el resarcimiento del mal causado; lo cual no se consigue añadiendo un crimen a otro crimen, arrojando un cadáver sobre otro cadáver.

La sociedad, pues, llena de fuerza y de poder, no debe obrar como la persona ofendida; debe, sí, procurar la reparación, y si es menester imponer pena, no lo ha de hacer en nombre de la venganza, sino con el único fin de corregir al delincuente.

De la pena de muerte no resulta bien al culpable, que expira tal vez sin sentir el arrepentimiento, ni a la sociedad, que se presenta como vengadora cuando debe ser reparadora, ni al ofendido, que no recibe ningún resarcimiento. Sólo se dice que puede haber beneficio con el ejemplo para el que pueda encontrarse más tarde en el mismo caso; pero para llegar a este resultado es menester pasar por una serie de hipótesis y de posibilidades que no tienen el menor encadenamiento lógico.

Cuando entre nosotros se emprendió la formación de un Código Penal, que respondiera al sistema político y a la forma de gobierno

definitivamente consolidados en 1857, a la nueva concepción de la sociedad y de los derechos del hombre, a los cambios de nuestras instituciones civiles, a la transformación económica de la nación y a las nuevas ideas y conceptos que había traído la mudanza en las conciencias y en los espíritus de los hombres, que servían de núcleo director del país, la comisión redactora del proyecto de aquel Código encontró en el mundo especulativo una escuela ya perfectamente caracterizada, que fundaba el derecho de castigar en la correspondencia del bien con el bien y del mal con el mal, y en el interés social de restablecer ese equilibrio ético siempre que fuera perturbado por un ataque a la colectividad; que veía en el delito una acción combinada de la libertad y de la inteligencia, y en la pena un medio de ejemplaridad y de corrección, derivando de aquel concepto los diversos grados de culpabilidad, y de este último la naturaleza de las penas, y que establecía la conclusión general de la proporcionalidad de las penas con el mal causado, deduciendo de aquí los grados del delito y su diferente gravedad, para obtener la medida de las penas. Y como esta escuela había llegado a servir de criterio a las legislaciones positivas, y era la única que conducía a conclusiones practicables, la comisión redactora del proyecto aceptó sus principios, sus consecuencias y su desarrollo, y los incorporó en el Código vigente, reduciéndolos a preceptos legales.

Así en nuestro derecho penal, que desde entonces (1870) ha sufrido variaciones insignificantes que no afectan el sistema, la gravedad del delito corresponde a la gravedad del mal causado, la responsabilidad del delincuente está en proporción de la libertad y de la inteligencia que presidieron al actocriminoso, y la naturaleza y el rigor de la pena son la resultante de ambos factores, persiguiendo fines represivos en primer lugar, y propósitos correctivos en segundo término. Naturalmente, bajo este sistema la prisión, en cualquiera de sus denominaciones, tenía que ser y fue la base fundamental de la penalidad y el régimen penitenciario la única forma aceptable de ella. Las demás penas, el extrañamiento, el apercibimiento, la suspensión de derechos, las inhabilitaciones y la multa, y el confinamiento

y el destierro, quedaron restringidas a delitos muy leves o a casos muy especiales; la pena capital siguió teniendo un carácter transitorio.

Lo que ha sido del régimen penitenciario y de la pena de muerte después del Código Penal, es asunto que en otra parte de *México: su evolución social*, expondrá uno de nuestros más eminentes especialistas en la materia, el maestro D. Miguel S. Macedo.

En la dinámica social, como en la dinámica física o en la biológica, toda acción es seguida de una reacción equivalente: si un acto agresivo a las condiciones de existencia de una colectividad es ejecutado, la agrupación responde con otro acto protector de su propia existencia: el delito y la pena están allí, su esencia íntima es invariable, cualesquiera que hayan sido los tiempos y las costumbres, los sentimientos y las ideas. Lo que hay de variable es la estimación de qué actos atacan las condiciones de vida de la sociedad, y qué medios existen para repeler el ataque.

Allí está la síntesis de nuestra evolución. El paso de una organización teocrático-militar a una constitución teórica laico-individual ha cambiado la jerarquía de los delitos, elevando al primer rango de gravedad las agresiones al individuo, que es la unidad *sacrosanta* de nuestras instituciones, para seguir después con las agresiones al Estado y suprimir las que conciernen al dogma religioso; mas como en la práctica el Estado es aún entre nosotros omnipotente, a pesar de todas las teorías, encontramos numerosas desviaciones del principio y necesarias violaciones al texto escrito de las leyes.

El paso de un estado social de barbarie y de perpetua hostilidad, en que existe la familia como entidad social (prerrogativas de nobleza), y como entidad política (feudalismo y casas reinantes), a un estado de cultura pacífica que reconoce en el hombre la unidad social, ha modificado la penalidad; abolir las penas atroces, degradantes y trascendentales, y dirigir toda reacción defensiva a un doble fin, el ejemplo y la corrección, he aquí la última etapa de nuestra legislación penal, que, como las de los demás países ha permanecido cerrada a toda innovación que reconozca por origen el criterio positivo de la temibilidad del delincuente y del tratamiento de éste, conforme a su temperamento criminal.

## SISTEMA GENERAL DE ENJUICIAMIENTO

Una sociedad que estatuye normas de conducta obligatorias, a fin de asegurar la coordinación de la actividad de los asociados, y que para hacer efectivas esas normas organiza el poder coercitivo de la fuerza pública, no puede permitir, si quiere afianzar establemente la paz y engrandecimiento domésticos, que las contiendas que surjan entre los individuos que componen la colectividad sean resueltas por ellos mismos, porque la violencia vendría a substituirse a la misma ley; no puede permitir tampoco que las controversias que se susciten entre el individuo y la sociedad sean decididas sistemáticamente por esta última en masa, porque entonces también la violencia vendría a sobreponerse a la ley.

La armonía social requiere, pues, la organización de un poder que decida las contenciones entre los asociados, o entre éstos y la colectividad, y consiguientemente, la determinación de las reglas dentro de las cuales ese poder tiene que funcionar.

Si la sociedad está constituida, como la España colonial, sobre la base de la desigualdad política y social, si su modo de ser radica en la sumisión absoluta de los asociados y en la existencia de las clases, el poder judicial que se organice tiene por objeto principal la conservación de la disciplina y de los grupos privilegiados, sin los cuales tal sociedad perecería. La disciplina se obtiene atribuyendo las funciones judiciales a la personalidad en quien se vincula el poder absoluto; el Rey, si es monarquía; la Iglesia, si es una teocracia; de esa manera la independencia de los tribunales queda aniquilada en su personal por el patronazgo, y en sus actos por la revisión en última instancia. La protección de las clases privilegiadas se obtiene mediante el establecimiento de fueros o tribunales especiales, en cuyas decisiones preside inevitablemente el espíritu de cuerpo.

A estos principios obedece la organización progresiva de los tribunales en la península y en las colonias antes de los comienzos del siglo XIX. La Jurisdicción Real puede decirse originariamente la única; pero a su lado nace y se desarrolla la Jurisdicción Eclesiástica, derivándose

de cada una de ellas diversas subdivisiones, según el grado, según el fuero y según el propósito especial de su erección: Real y Supremo Consejo de Castilla, Alcaldes de Corte, Alcaldes y Jueces de Provincia, Jueces en comisión, Tribunales militares, Junta de Hacienda, Junta de Moneda, Audiencias virreinales, Tribunales de la Mesta y otros muy numerosos; Jueces ordinarios eclesiásticos, Tribunal de la Inquisición, Tribunal de la Rota, etc.

Organizados así los tribunales y afianzada en esa forma la conservación de la disciplina y de las clases privilegiadas, era necesario definir los procedimientos y las facultades de los funcionarios judiciales, en las tres partes componentes de la jurisdicción: la investigación, la decisión y la sanción del caso.

¿Cómo iniciar la investigación y qué pruebas admitir para llegar al esclarecimiento de la verdad? La estimación cuantitativa de los actos antijurídicos y de los medios efectivos con que la sociedad cuenta para averiguar la existencia de tales actos, es el único criterio en estas cuestiones. Mientras más peligrosa se considere la agresión al grupo, mientras más directamente lo perturbe, más activa, más directamente también recobrará ese grupo, y si no hay un órgano creado precisamente para iniciar este género de investigaciones, la acción popular, la iniciativa de cualquier asociado, y, por último, la acción oficiosa de los tribunales, serán bastantes para incoar los procedimientos. Otra cosa sucederá con aquellos actos antijurídicos que directamente afectan al particular, o que, si interesan a la sociedad, no la perturban vitalmente, respecto de esos actos, sólo el particular lesionado podrá poner en movimiento la acción de los tribunales, y a medida que esa distinción se haga menos confusa, más clara se hará la división entre la acción privada y la acción pública.

Esta misma diferencia de interés social, que anuncia la demarcación entre los delitos públicos, los delitos privados y los actos civiles, consagra una divergencia en los rasgos fundamentales de las pruebas admisibles en el procedimiento criminal y en el procedimiento civil, divergencia que se acentúa a medida que se define y caracteriza la separación de aquellos actos antijurídicos. Si los medios de comprobación son escasos y se trata de una contienda en que sólo hay intereses

privados por una y otra parte, no habiendo un interés social en favorecer a ninguno de los litigantes, se procura que el criterio judicial llegue a convicciones racionales según las pruebas aducidas, y lo más que se autoriza es el juramento de alguna de las partes, como medio supletorio de comprobación en los casos dudosos. Pero si se trata de un interés social, entonces, a falta de pruebas lógicas, en defecto de estadística, de policía, de medios científicos de investigación, se acude, y tal es la tendencia humana, al convencionalismo o a la superstición, a las ordalías, el reto, la tortura y, en último lugar, el juramento o la prueba de la buena fama, y por una aberración psicológica, mientras el delito es más repugnante o más perturbador, menos pruebas se requieren para castigar al delincuente o más se coarta la defensa de éste; en un estado social en que el individuo nada es ante la colectividad, las garantías del acusado apenas se conciben, aun para justificar su inocencia.

Los principios que rigen en la decisión de las contiendas judiciales, adolecen de imperfecciones semejantes y varían según la naturaleza de aquéllas.

En un asunto civil, en el que la legislación ha podido copiar las imperecederas creaciones jurídicas del pueblo romano, y respecto al cual la sociedad no tiene otro interés general, que la sanción del Derecho, sin importarle más la causa del actor que la del reo, es natural que la regla imperativa sea para los tribunales fundar sus resoluciones en la ley; esto al menos es práctico, mientras las relaciones civiles son limitadas; después, la necesidad conducirá a ocurrir a los principios generales y a las fuentes del Derecho.

Pero en una contienda del orden penal, si así pueden llamarse en sus comienzos las brutales formas judiciares de investigación criminal, no sucede otro tanto. La sociedad, que es el todo frente al particular, que no es nada, prescinde del interés del reo, que es un individuo, y se preocupa del interés de la colectividad, que es quien exige la sanción pública, y no vacila en autorizar las penas arbitrarias, en defecto de ley, y aun establece la imposición de ellas en ciertos delitos, los que afectan a la disciplina, sin la previa comprobación del hecho criminoso.

Asegurar la ejecución de las decisiones judiciales es una tendencia legítima de toda sociedad; lo único que debe procurarse es evitar molestias y perjuicios indebidos y tomar todas las precauciones que no sean incompatibles con el fin práctico del procedimiento. Tales precauciones son incomprensibles en una sociedad que no tiene como cimiento la libertad del individuo; esa sociedad sacrifica a un interés eventual de ella, al castigo de un delito hipotético, la libertad actual, la inocencia presunta de un particular; de aquí la ilimitada facultad de los tribunales para aprehender y reducir a prisión a cualquiera persona, sin restricción de tiempo, ni de condiciones, aunque el delito no esté comprobado, y para volver a procesar a un reo, aunque haya sido puesto en libertad por desvanecimiento de datos, para lo cual se inventa una fórmula, "la absolución de la instancia", sin perjuicio de hacer indefinidos los recursos contra el verdadero interés del inculpado, que entretanto permanece preso.

En cambio, como en el procedimiento civil el interés de la sociedad es solamente indirecto, el del individuo no tropieza con fuertes resistencias de orden público para realizar graduales mejoramientos, y el progreso de esta rama de la legislación no halla en su camino otro obstáculo que la liturgia eminentemente conservadora en que se petrifica la práctica rutinaria del trámite judicial.<sup>8</sup>

Resabios muy pronunciados del antiguo régimen de las leyes Alfonsinas, y más aun de las que les precedieron, perduran bajo la Legislación Recopilada, si bien debe reconocerse que, en la materia, grandes e innegables progresos realizó esta última legislación.

Por un lado, la ley amplía considerablemente los casos de aplicación del procedimiento de oficio en los juicios criminales, hasta el punto de que la práctica reduce a delitos excepcionales, como el adulterio, los en que es necesaria la querella de parte; si bien sigue admitiendo la acusación, la denuncia y la delación como medios legales de incoar

<sup>8</sup> Véanse tít. I a IV, lib. 2, I, lib. 6, y I, lib. 7, *Fuero Juzgo*; el *Fuero Viejo de Castilla* y las *Leyes del Estilo, passim*; el lib. 2 y los tít. XX y XXI, lib. 4, del *Fuero Real* (en los que se acentúa notablemente la diferenciación entre el juicio civil y la pesquisa criminal), y finalmente, las *Leyes de Partida* comprendidas en las citas hechas en el capítulo anterior y en los párrafos que siguen. [N. del A.]

el procedimiento. Por otro lado, recomienda toda prudencia en el uso del ilimitado arbitrio judicial, que da la Ley de Partida para ordenar el aseguramiento del acusado, siempre que el delito merezca pena corporal; establece como requisito previo a la prisión la declaración indagatoria y autoriza que al reo se le dé traslado de las declaraciones de los testigos que deponen en su contra; pero no admite el careo previo entre el acusador o los testigos de cargo con el inculpado, y conserva el juicio en rebeldía contra los ausentes, el tormento como un medio de arrancar la confesión del acusado, las penas arbitrarias para numerosos delitos y la absolución de la instancia en los casos en que el reo no pruebe su inocencia y falten, sin embargo, medios de convicción en su contra. Por último, deroga las disposiciones que autorizaban la imposición de la pena, sin la prueba del delito, en los casos de resistencia a la justicia y en los llamados de pragmática. (Tít. I a XVIII, Part. III, y tít. I, Part. VII, y títulos XXXII a XXXV, XXXVII y XXXVIII, lib. 12, *Nov. Recop.*)

Pero en el procedimiento civil se llega a un sistema racional, verdaderamente notable en su época. Las Leyes Recopiladas dan reglas adecuadas para hacer del juicio una contienda leal y franca; establecen como pena contra el reo contumaz que no acude al emplazamiento, la presunción de que los hechos de la demanda son ciertos, salvo la prueba en contrario; determinan el procedimiento en rebeldía; enumeran las pruebas admisibles en juicio, valorizando con cierta lógica (salvo la prueba de testigos) las que por su naturaleza admiten una apreciación genérica *a priori* y dejando al arbitrio judicial aquéllas cuya eficacia depende de circunstancias imprevisibles; otorgan una amplitud relativa en el debate de derecho; imponen reglas para las decisiones judiciales; aceptan la procedencia de las demandas, escritas o verbales; admiten ciertas diligencias preparatorias indispensables para asegurar la validez de los litigios y providencias precautorias para afianzar el resultado práctico del juicio; emancipan de las fórmulas y ritos cierta clase de negocios, los mercantiles y los de menor cuantía, estatuyendo en ellos como único criterio la verdad sabida y la buena fe guardada, y admiten el juicio ejecutivo en los casos en que el crédito resulte de instrumento público o privado, reconocido o de confesión.

Conservan, sin embargo, la prisión por deudas, resto de las tradiciones sobre la servidumbre humana, la ordalía, que consiste en el juramento como un medio supletorio de comprobación en los casos dudosos, las costas judiciales, que hacen de la administración de justicia un negocio antes que un servicio público, y la *restitutio in integrum* para determinadas personas, juntamente con numerosos recursos, la apelación, súplica, nulidad, injusticia notoria y otros.

Lo que más debía repugnar a los espíritus liberales, que entraban al poder bajo el nuevo dogma político de la soberanía de los pueblos, era este sistema de enjuiciamiento penal, que si no en las palabras, sí en los hechos, parecía presumir la culpabilidad de todo acusado, o cuando menos no vacilaba en sacrificar la libertad y la integridad humanas ante la más ligera sospecha. Que un hombre que ha violado el pacto social en alguna de las cláusulas establecidas por el consentimiento general —la ley—, sea puesto fuera de ese pacto y sujeto a una penalidad corporal, pecuniaria o de otro orden, eso estaba admitido por las flamantes teorías acerca de la sociedad; también lo estaba el que la colectividad tomara sus precauciones contra un hombre todas las veces que la violación del pacto social era un hecho comprobado y había indicios más o menos importantes en contra de alguna persona. Pero lo que no podía admitirse era que una simple sospecha de la existencia del delito fundase la prisión indefinida de un hombre, o autorizase o arrancarle una confesión engañosa por medio de la tortura, haciéndole sufrir una pena más intensa a las veces por aquella sospecha que por la certidumbre de delito.

Las Cortes de Cádiz son las que primeramente responden a esta reacción individualista. Por decreto de 2 de abril de 1811, confirmado en Real Cédula de 25 de julio de 1819, declaran abolidos el tormento y todas las molestias abusivas conocidas con el nombre de apremios, que la práctica había autorizado, y que en parte habían sido sancionados por Real Cédula del Consejo de 5 de febrero de 1803. La Constitución española de 1812 toca más de cerca al procedimiento criminal; recomienda la brevedad en la substanciación, exige como requisitos previos a la formal prisión, la información sumaria del hecho y la declaración del acusado, que, en caso de detención, ha de tomarse

antes de las veinticuatro horas; ordena que la prisión se decrete en mandamiento escrito y motivado, y sólo en los casos en que la pena del delito fuere corporal, concediendo en los demás, y aun en estos últimos, si la ley no lo prohibiere, la libertad bajo fianza; reitera la abolición de la tortura y los apremios, y comprende en ella aún el juramento del acusado; ordena que dentro de las veinticuatro horas siguientes a la prisión, se haga saber al inculpado la causa del procedimiento y el nombre del acusador, si lo hubiere, y que al tomar a aquél la confesión, se le dé a conocer todo lo actuado, dejando de ser secreto en lo sucesivo el proceso; y, por último, declara expresamente que la cárcel es un medio de seguridad y no de molestia para los acusados. El decreto de 9 de octubre de 1812 limita los recursos en los procedimientos civiles y criminales. El decreto de 11 de septiembre de 1820, también de las Cortes, confirma de nuevo los requisitos relativos a la formal prisión. El cateo de las casas queda reducido a los casos determinados por la ley, para el orden y seguridad del Estado, y este precepto es interpretado, en el decreto mexicano de 8 de octubre de 1823, en el sentido de que el cateo sólo tendrá lugar siempre que “por previa sumaria, o de otra prueba, conste la verdad del hecho, y de la ocultación del mismo, o de la persona que lo cometió en la casa que haya de catearse”.

La Constitución insurgente de Apatzingán, a su vez, prescribe que toda detención o prisión debe acomodarse a los preceptos de la ley; que todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se le declare culpado; que ninguno puede ser juzgado ni sentenciado sin ser oído legalmente, y que, tanto para las ejecuciones civiles como para las criminales, debe preceder mandamiento de la autoridad competente.

La Constitución de 1824 reproduce la abolición del tormento y de la declaración juramentada del acusado, prohibe toda detención, sin que exista semiplena prueba o indicios acerca del delincuente, y establece que tal detención por indicios no excederá de sesenta horas.<sup>9</sup>

<sup>9</sup> Además previene que la conciliación debe ser intentada forzosamente antes de iniciar el juicio por injurias, y declara que a nadie se puede coartar su derecho para someter sus diferencias a los árbitros nombrados por ambas partes; derecho, por lo demás, reconocido constantemente en la legislación anterior. [N. del A.]

Leyes aisladas, de importancia secundaria y muchas de ellas de vida efímera, se suceden así en el orden penal como en el civil, introduciendo cambios, aunque no esenciales, en el enjuiciamiento.<sup>10</sup> La Constitución de 1857 es la que viene a fijar de una manera definitiva las bases fundamentales de nuestro derecho procesal. Además de las disposiciones relativas a la formación de los tribunales, que no son materia de esta exposición y que afectan más a nuestra organización política que al desenvolvimiento jurídico del país; además de las reglas relativas a fueros y tribunales especiales, de que hemos hablado en otro lugar, esa Constitución vino a establecer las garantías que consideró indispensables para la seguridad del individuo en el enjuiciamiento, medio imprescindible de hacer valer todo derecho disputado al hombre por otro hombre o por la sociedad. La reforma más trascendental fue la relativa a la abolición de las costas judiciales. Puesto que los asociados no tienen el derecho de hacerse justicia por mano propia, puesto que tienen necesidad de acudir a los tribunales, que son la garantía de la observancia de la ley, no debe ponerse precio a la justicia, porque ponerlo equivale muchas veces a la negación del derecho; no debe considerarse esa función, esencial a la paz y al orden doméstico, como un ramo de especulación privada, sino como un servicio público al que todos indistintamente tienen que contribuir, porque él sirve para conservar un estado de legalidad que a todos aprovecha, que es una sanción, que tanto sirve para restituir en cada caso concreto el derecho violado, contra cualquier perturbación de él, como para impedir en general que los hombres sin escrúpulo desconozcan sus deberes ante la ausencia de un poder coercitivo que los compela a su cumplimiento. Cuando se declara, como lo hace nuestra Constitución, que “nadie puede ejercer violencia para reclamar su derecho”, tiene que declararse también que “los tribunales siempre estarán expeditos para administrar justicia”, y que “ésta será gratuita, quedando en consecuencia

<sup>10</sup> Leyes españolas de 9 de octubre de 1812 y 24 de marzo de 1813, y leyes mexicanas de 14 de febrero de 1826, 20 de mayo de 1826, 23 de julio de 1833, 22 de mayo de 1834, 23 de mayo de 1837, y otras de carácter especial o de circunstancias políticas. La ley de 17 de enero de 1853, derogada dos años después, dicta reglas encaminadas a abreviar el procedimiento y previene el careo entre el acusado y los testigos de cargo. [N. del A.]

abolidas las costas judiciales". ¡Tan sólo una obcecación comprensible por la influencia poderosa de lo pasado, pudo impedir que esta declaración viniera desde que por primera vez se aceptó el principio de que la soberanía es una atribución concedida al poder público para el beneficio de la sociedad, y no el patrimonio de un hombre o de una familia!

El respeto a la libertad del hombre y a la seguridad de su persona, de sus bienes y de su domicilio, consecuencia forzosa de la concepción moderna del Estado y de la sociedad, como una agrupación organizada para la conveniencia del individuo, y de ninguna manera para su aniquilamiento, impuso la serie de restricciones al poder público que contiene nuestra Carta Fundamental, a fin de evitar molestias indebidas y desproporcionadas, y hacer de toda controversia en que se interese un particular, una contienda igual, abierta y liberal, en que la ley, y la ley sola, deba prevalecer. Por eso se prohíbe la coacción personal y la prisión por deudas de un carácter meramente civil; por eso se previene que toda molestia a la persona, a los papeles, a la familia y a los bienes del individuo deben ser ordenadas en mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento, salvo el caso del delito infraganti; por eso se reitera la franquicia de la fianza en toda prisión por delito que no merezca pena corporal, se fija un término de tres días para decretar la formal prisión del detenido, se prohíbe todo maltratamiento, molestias o retención en la prisiones por ministraciones pecuniarias, y se prescribe que en todo juicio criminal el acusado debe ser advertido del motivo del procedimiento y del nombre del acusador, si lo hubiere; debe declarar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su detención; debe ser careado con los testigos de cargo, instruido de todos los datos que puedan servirle para preparar sus defensas, y oído en juicio y defendido por persona de su confianza o por los defensores de oficio que gratuitamente instituirá la ley; y por eso, finalmente, se reduce a tres el número de instancias permitidas en el juicio criminal, se anula la práctica de absolver de la instancia y se consagra en términos absolutos, en *beneficio* del reo, pero no en su contra, la autoridad de la cosa juzgada.

¡Y más aún se avanzó! Desde la antigua legislación española era un principio de interpretación para los tribunales la no aplicación retroactiva de la ley; pero el arbitrio judicial en la forma más amplia (penas arbitrarias) y la posibilidad de leyes retroactivas *y ad hoc*, que había ocurrido en nuestra historia política, seguían siendo una amenaza para el individuo. Nuestra Carta Fundamental proveyó a este mal, prohibiendo la expedición y la aplicación de leyes retroactivas y ordenando que nadie puede ser juzgado ni sentenciado sino por leyes exactamente aplicadas al caso.

Los principios fundamentales del procedimiento criminal estaban consignados en nuestra Constitución; algunos también quedaban establecidos para la decisión de los negocios civiles; pero la marcha del procedimiento, la secuela de la acción de los tribunales para la investigación de los delitos y para la resolución de las controversias del orden civil, permanecía siendo una mezcla informe de la tramitación colonial y de las que prevenían las numerosas leyes que le siguieron, de las cuales hemos mencionado algunas. Como se sentía la necesidad de salir de ese caos y de dar reglas fáciles para el procedimiento, fueron expedidas diversas leyes (23 de noviembre de 1855, 5 de enero de 1857, 4 de mayo de 1857, 19 de enero de 1869); pero todas ellas, incompletas, para negocios determinados, o de circunstancias, en nada venían a mejorar la situación.

La expedición de los códigos locales de procedimientos civiles y penales y la del Código de Procedimientos Federales, en su parte civil, vinieron a introducir en esa clase de negocios el orden, la certidumbre y la unidad de sistema, que tanto habían alterado las leyes anteriores, quedando solamente para los negocios penales de la competencia federal la confusión, la vaguedad y el desorden, propios de una legislación formada en fragmentos, para determinada clase de negocios, en circunstancias excepcionales o bajo propósitos de ocasión y superpuesta a las antiguas leyes coloniales.<sup>11</sup>

11 La distinción entre la competencia federal y la local, la evolución del fuero militar y el desarrollo de la institución relativa al fuero de los altos de los altos funcionarios, corresponde a nuestro desenvolvimiento netamente político, por lo que hemos omitido hablar de estas materias, confiados en lo que acerca de ellas se dice en otra parte de esta obra. [N. del A.]

Novedades de escasa importancia consagran nuestros Códigos de Procedimientos Civiles respecto al anterior sistema general de enjuiciamiento; algunos de los cambios son verdaderos retrocesos. El Código de 1872 toma las mismas bases que las leyes anteriores en la substanciación, si bien modifica favorablemente en general los términos judiciales: esas bases se reducen a la libertad de las partes para fijar los límites de la contienda, al cargo de la prueba sobre el actor, a la igualdad de derechos de las partes en la controversia de hecho, y en el debate jurídico y en los recursos, defensas y garantías procesales. Este Código conserva el procedimiento en rebeldía, el juicio ejecutivo, incluyendo entre los títulos, con aparejada ejecución, los instrumentos privados reconocidos y la confesión del reo, y distingue las diferentes clases de juicio, según su objeto y según el interés del negocio; disminuye considerablemente el arbitrio judicial en la substanciación, y para la decisión enumera los medios lógicos de convicción, cuyo catálogo puede decirse completo; define las facultades del juez en la apreciación de las pruebas, conforme a la naturaleza de las mismas, y establece que la sentencia ha de fundarse en la ley, y, en su defecto, en los principios generales del derecho.

Contiene inconvenientes que en todos los tonos es preciso señalar. Primeramente, acepta la incomprensible doctrina de que un litigante contumaz pueda obtener ventajas en perjuicio de su contrario, precisamente por su misma contumacia; pues declara que si el reo no comparece al emplazamiento, la demanda se presume negada, cuando la lógica, la moral y el prestigio de los tribunales exigiría precisamente establecer la presunción opuesta, salvo la prueba en contrario, como en el antiguo derecho español. En segundo lugar, subdivide extraordinariamente las formas del juicio, y por este medio abre las puertas a numerosas sutilezas sobre la tramitación, con gran perjuicio de la brevedad del procedimiento y del patrimonio de los litigantes, cayendo por otra parte, en el error de distinguir unos juicios de otros, según que las promociones se hagan por escrito o verbalmente, con lo cual retrocede también más allá de la Novísima Recopilación, cuyos principios son más avanzados. Por último, sacrifica a la forma, al rito, a la liturgia del trámite, la amplitud de pruebas tan importantes como la confesión y

la rapidez de la secuela del juicio, haciendo éste costoso, dilatado y desesperante en muchos casos. Los Códigos de Procedimientos Civiles, de 1880 y 1884, agravan estos defectos, en vez de corregirlos: el primero restringe las franquicias relativas a la preparación del juicio ejecutivo respecto de los documentos privados; el segundo, limita esa franquicia a los documentos privados mercantiles y suprime el juicio en rebeldía.<sup>12</sup> El Código de Procedimientos Federales es un tanto menos formulista y no vacila en restablecer el principio de que toda petición en el procedimiento judicial tiene el mismo valor, cuando se hace de palabra, que cuando se presenta por escrito.

Los Códigos de Procedimientos Penales de 1880 y 1894 desarrollan todo el sistema del enjuiciamiento, tomando como líneas fundamentales las que hemos mencionado al hablar de la Constitución de 1857. Sólo dos elementos nuevos introducen: uno notoriamente ventajoso, que quita al juez la confesión con cargos y da al Representante del Ministerio Público la voz de la Sociedad para sostener la acusación; el otro es la introducción del Jurado para la fijación de los hechos en las causas en que la pena deba exceder de dos años de prisión: esta última reforma obedece a los prejuicios democráticos combinados con el espíritu de imitación de prácticas aplicables en otros países, pero que en el nuestro han conducido frecuentemente, no sólo a violaciones de la ley, sino a iniquidades monstruosas, a pesar de las reorganizaciones de la institución (Códigos citados y ley de 24 de junio de 1891), llevadas a cabo para formar un tribunal medio mediocremente ilustrado. Sueño imposible ante los vicios inherentes a esta institución, que erige en ley el arbitrio bajo la palabra *conciencia*, el sentimentalismo dirigido por las impresiones del medio ambiente y la ausencia incurable de un criterio disciplinado.

Un abismo divide a las sociedades cuyo progreso es intrínseco de aquéllas que han podido realizarlo gracias al contagio irresistible de instituciones extranjeras. Para franquear ese abismo sólo el tiempo es capaz de servir de gigantesco puente a una raza vigorosa.

12 No es posible entrar en más detalles en la materia, por lo que nos remitimos a nuestro estudio crítico sobre la legislación vigente de procedimientos civiles, en el que se ponen de relieve los grandes defectos que aun prevalecen contra la administración rápida, energética y poco dispendiosa de la justicia. [N. del A.]

Cuando una sociedad transforma paulatinamente sus instituciones a medida que va siendo necesario adaptarlas a los cambios lentos operados en su modo de ser, cada derecho, cada libertad, cada nueva franquicia que el individuo asegura para sí y que arranca al poder público, forma concreta en que se manifiesta la fuerza organizada de la agrupación, llevan o pueden llevar una sanción ostensible, que es la ley; pero además están sostenidos, y ese es su verdadero e inconmovible apoyo, por una sanción latente e invisible, que es la conciencia social, las ideas y sentimientos que las unidades que componen aquella sociedad tienen acerca de la naturaleza de sus relaciones frente al Estado. Los medios legales puestos al alcance de los individuos sirven de contrapeso para impedir que, roto eventualmente el equilibrio, surja una explosión violenta de los asociados que aniquele o subvierta el poder público; son una garantía de la subsistencia de éste, más que una seguridad efectiva concedida al individuo; porque si, esa seguridad no se le diera, él lograría obtenerla por medio de la violencia: tal es el carácter de los derechos arrancados al poder público en la monarquía inglesa.

Todo lo contrario acontece en una sociedad que, nacida a la vida autonómica en medio de la lucha entre lo pasado y lo porvenir, entre los que vacilan adelantar un paso y los que pretenden saltar sobre todas las tradiciones, se constituye bajo auspicios radicalmente liberales, que hacen del poder público una soberanía emanada del pueblo, cuando falta la conciencia política popular; que generosamente limitan las facultades del mismo poder, cuando en realidad este poder tiene que ser todavía ilimitado, por lo menos mientras son extirpados los gérmenes prolíficos de la anarquía social; que imponen deberes y otorgan derechos a los individuos, cuando pueden contarse por centenares solamente los que están penetrados de que vivir en sociedad es limitar la propia acción en cuanto impida una igual libertad en los demás; en una palabra, que fabrican instituciones, no para acomodarse a la conciencia social aun embrionaria, sino para que ésta se adapte a aquéllas, como el único medio, la sola forma de provocar un crecimiento rápido que ponga a la sociedad naciente en condiciones de luchar con otras sociedades, maduras ya y dotadas de tan benéficas

y progresivas instituciones. En esta sociedad nueva, en la que falta la sanción latente e invisible de sentimientos e ideas previamente formados en los individuos, la única sanción posible, la sola capaz, si no de asegurar radicalmente los derechos individuales, al menos de corregir atentados manifiestos a los mismos, es la sanción de la ley, el recurso concedido al particular lesionado para reclamar contra los excesos transgresores del poder público. Esa sanción es un contrapeso en el desequilibrio permanente que en el fondo existe entre las limitaciones teóricas y la omnipotencia práctica del Estado, entre los derechos concedidos al individuo por la generosidad del cuerpo constituyente y la inconsciencia parcial que aquél tiene de tales derechos; pero el contrapeso de la sanción legal es tan débil cuando falta una conciencia que lo complemente, que a las veces el desequilibrio se produce y la sanción se perversa o resulta lusoria. Tal es nuestro modo de ser y tal es la naturaleza íntima de un recurso original de nuestra Constitución, que, bajo el nombre de juicio de amparo, ha sido instituido para proteger al individuo frente al poder público, cuando éste, en perjuicio de aquél, conculca los fundamentos de nuestra organización política a los derechos llamados del hombre.

La Constitución de 1857 restableció el régimen federativo, que, sin tradiciones arraigadas que lo fundaran, había provocado el desmembramiento de nuestro territorio algunos años antes (bajo la Constitución de 1824, que por primera vez lo instituyó). Ese régimen significaba la aparición de numerosas entidades locales y surgía el temor de que, sin una sanción constitucional, estas entidades fueran una amenaza para los derechos individuales, la igualdad, la libertad y la seguridad, que en la esfera social, económica, intelectual, religiosa y aun física, habían sido conferidos al hombre, no porque él los reclamara en su integridad, sino porque en la concepción teórica de la sociedad que inspiró a nuestros constituyentes, el hombre, por naturaleza, por el hecho de nacer, por ser hombre, tiene derechos inviolables, intrínsecos e innatos.

Régimen federativo y derechos individuales, creados en tales condiciones, corrían graves riesgos de naufragar en nuestras tormentosas luchas; era necesario protegerlos, y protegerlos por un medio expedito,

un recurso llevado ante el más alto tribunal de la República, que juzgara si el acto de la autoridad que se reclamaba infringía aquel régimen o esos derechos. ¡Y así nació el juicio de amparo, primero que todo como un recurso legal, pacífico, pero enérgico, para contrarrestar la debilidad moral del individuo, ante la fuerza omnímoda de nuestros gobiernos; después como una forma judicial de conservar el equilibrio federativo!

La suerte de este recurso, que al tratar del enjuiciamiento no podíamos dejar de mencionar, ha sido necesariamente la concentración de un poder inmenso en nuestra Suprema Corte, de que ésta ha usado especialmente contra los excesos de las autoridades locales, y que ante los Poderes federales sólo ha cedido en casos extremos de interés público.

Cualesquiera que sean, sin embargo, las desviaciones cometidas en la observancia de la Constitución, el recurso de amparo tiene entre nosotros una función altamente educativa y preparatoria de la conciencia social, y significa, en la lucha constante de la debilidad del individuo contra la fuerza del poder organizado, esta conquista, que hubiera sido un ensueño concebir: el Estado asegura el límite de sus poderes en la forma eminentemente pacífica de un recurso judicial.

Cuando el alto tribunal que resuelva esas contiendas del individuo contra el Estado pueda ser substraído a las fluctuaciones de la política, cuando esté formado de magistrados inamovibles y responsables, se habrá logrado un equilibrio estable entre los dos intereses, opuestos en apariencia y en el fondo complementarios, equilibrio que se encierra en esta fórmula sencilla: la disciplina a la ley.