

eficacia limitada. El que maneja la espada de la justicia debe tener el valor moral de herir al culpable, de exponerse á su cólera, á su odio, á su resentimiento. No puede sustraerse á estos peligros; así cabe decir que el verdadero juez posee la propia abnegación.

Pero la legislación puede y debe velar porque este olvido de sí mismo no vaya más allá de lo indispensable; no se debe exigir que el juez haga el sacrificio de su existencia. Los anales de la justicia refieren ejemplos admirables y gloriosos de intrepidez, de firmeza, de heroísmo moral en ciertos jueces; pero la sociedad está interesada en no exagerar la dosis de fuerza moral que al juez exige; el heroísmo, el espíritu de martirio, no deben ser erigidos en condiciones de los funcionarios judiciales, pudiendo contentarse con las fuerzas medias de la naturaleza humana. Es necesario evitar al padre la tortura de deber condenar al suplicio á sus propios hijos, como Brutus; el juez no debe ser llamado para resolver acerca de la suerte de su mujer, de su hijo; aunque él lo quisiera, la ley debe prohibérselo y se lo prohíbe. Nadie puede ser juez de su propia causa; no se debe serlo en la de un enemigo, de un amigo ó de un pariente cercano; en semejantes condiciones el juez debe recusarse y la parte puede solicitar su recusación. El derecho tiene que sustraer al juez á todas las tentaciones, á todas las seducciones posibles, tanto en interés de éste como de la sociedad.

174. ORGANIZACIÓN JUDICIAL. — Desde este punto de vista la organización de los colegios de jueces — y esta es otra superioridad sobre el juez único — es de las más preciosas.

La decisión del juez único es *sua* decisión; asume él la responsabilidad y debe tomar á su cargo el odio, la cólera, el rencor del que se crea lesionado. El fallo de un tribunal constituido en colegio, deja ignorada la parte de intervención de cada uno de sus miembros, y si el deber legal del secreto profesional, en cuanto al voto, es respetado, éste permanece ignorado del público. Nadie puede, de un modo cierto, hacer llegar la responsabilidad á tal miembro aislado, y esta incer-

tidumbre, este velo que la justicia tiende sobre la parte de cada uno, presta al espíritu timorato igual servicio que el secreto del voto electoral (1). Por eso la legislación debería convertir la observancia del secreto profesional, relativo á la obra interna de los colegios judiciales, en un deber de los más estrictos, cuya violación fuese castigada severamente; el secreto profesional es una de las más eficaces garantías de la independencia del juez.

Uno de los mayores peligros que amenazan la imparcialidad del juez (y aquí hablo solamente del juez de carrera), reside en la influencia del poder público que le ha conferido sus funciones. Estas funciones constituyen generalmente la base económica de su existencia entera. Si el Estado puede privarle de ellas á su antojo, podrá también, si espera una determinada sentencia que le sea favorable, colocar al juez en la alternativa de obedecer ó sacrificar el cargo y el sueldo.

La garantía de la seguridad del derecho, la certidumbre de que el poder público respete seriamente la independencia de la justicia, exigen que el juez no se halle á merced de la buena voluntad del Estado, que la ley proteja su posición y no consienta su destitución más que con arreglo á determinadas razones. A esta última condición nuestra época agregó con frecuencia la inamovilidad, y hay que convenir en que ésta es un precioso corolario de aquélla.

No basta, para asegurar la independencia del juez, que se halle garantido contra la pérdida de sus funciones; es preciso además que éstas le concedan la independencia material. Una buena organización de la justicia exige, como primera condición, que las funciones judiciales estén convenientemente remuneradas (núm. 201). Aquí toda economía en el gobierno

---

(1) En los últimos tiempos, Roma adoptó esta forma de voto (*per tabellas*) en los tribunales populares y por jurados (*quaestiones perpetuae*), tal como se hacía en las elecciones. El hombre, bastante débil para temer dejarse influir, halla en el secreto del voto una garantía de independencia. Vale más alcanzar así un resultado, soportable en suma, que perseguir inútilmente la quimera de hallar en todas partes una fuerza de alma, que con frecuencia no existe.

público constituye un falso cálculo. Las Cámaras legislativas alemanas han demostrado frecuentemente una gran estrechez de inteligencia política, oponiendo, respecto á esto, una imperdonable resistencia á las proposiciones del Gobierno, en vez de tomar ellas mismas la iniciativa para poner los sueldos judiciales más en relación con las exigencias de la vida, por debajo de las cuales se mantienen tan injustamente y desde hace tanto tiempo. El ejemplo de ciertos países habría podido enseñarles á qué precio compensa el pueblo, bajo forma de corrupción, este género de economías del Estado.

La seguridad contra la destitución, el secreto del voto, la justa medida del sueldo, bastan para asegurar, lo mismo enfrente del Estado que de los particulares, la independencia del juez. El que goza de estos tres privilegios está libre de todo ataque. Sin embargo, puede aún ser tentado. Si le falta la intimidación al que quiere asaltar su conciencia, podrá todavía, Estado ó particular, lograr su intento por una senda más obscura. El peligro viene particularmente del Estado, no sólo porque dispone de más poderosos medios que el hombre privado (ascensos, honores), sino también por otra razón. El que trata de corromper á un juez anuncia la ilegalidad de su conducta; su sola oferta le traiciona y descubre. El Estado no tiene más que ofrecer, que exponer, á los ojos del juez venal, el precio que pone á su condescendencia; este precio él lo retiene, y esto basta. El servilismo y la ambición realizan lo que desea y le ahorran la molestia de dar el primer paso.

Contra este peligro, no hay garantía; la ley no puede privar al Estado de estos medios de corrupción—á menos que obligue á aplicar el principio de la antigüedad, al ascenso, á la jerarquía, á los honores—y no se puede colocar tan bien la venda sobre los ojos de la justicia, que ésta no vea por debajo, á hurtadillas, algún favor. Pero una magistratura, por entero fiel á su deber, obediente á su conciencia—y, como veremos, la misma profesión aviva estas virtudes—sufre menos el servilismo y la ausencia de carácter de algunos de sus miembros. El peligro sólo sería grande si el poder público tu-

viere el medio de elegir los jueces para un caso aislado ó de constituir un tribunal para juzgar de una sola causa; los cómplices no le faltarían, y la arbitrariedad siempre ha sabido recurrir á este medio. La Cámara estrellada de Enrique VII y la alta Comisión de Isabel, en Inglaterra; la Comisión central de instrucción, organizada en Maguncia, en 1819, por la confederación germánica, para la represión de las conjuras revolucionarias y demagógicas; la Comisión central de instrucción, fundada en Francfort, en 1833, con el mismo objeto, son ejemplos terribles é inolvidables de lo que pueden esperar los pueblos cuando el despotismo y la arbitrariedad absolutista eligen sus propios jueces. Estas mismas experiencias han hecho que las constituciones prescriban para lo sucesivo toda medida de ese género. Aquello aparece como el superior alcance político de la doctrina de la autoridad y *competencia* de los tribunales, que el jurista pierde fácilmente de vista cuando se atiende á la teoría pura.

La institución halla su lado vulnerable en la composición de los tribunales, realizada por el poder público. Ciertamente que éste no puede elegir un tribunal; pero crea los jueces que lo componen; la libre selección administrativa, en cuanto á la elección de las *personas*, permite al Estado eludir su subordinación respecto al *tribunal*; le basta con reemplazar los jueces poco dúctiles por magistrados más complacientes, y llega á tener así un tribunal sometido á su voluntad.

Nada, en mi opinión, puede alejar este peligro. El poder público ofrece un ascenso al juez incómodo, y éste deja su plaza vacante. La inamovilidad del juez sólo es un paliativo; aquél no puede ser removido contra su voluntad, es cierto; pero ¿y si consiente en dejar el puesto á quien el poder desea? No se puede, sin embargo, negar al poder público su entera libertad de apreciación en la elección de los jueces. Todos los medios que pudieran imaginarse para impedir la mala fe del Gobierno, se hallan de antemano tocados de esterilidad; hay que terminar reconociendo que el poder público halla el medio de influir sobre la justicia. Ninguna ley puede poner

obstáculos: sólo la opinión pública, la conciencia de los gobernantes, conjuran el peligro. Cuando un Gobierno constituye un tribunal con determinadas intenciones, ejecuta una maniobra tan insólita y evidente, que el juicio del pueblo no vacila en ver allí una descubierta violación del derecho. Falta saber si el resultado vale la pena. No hay que remontarse mucho en la historia para encontrar la confirmación de lo que acabo de decir.

175. EL JURADO.—Hasta aquí sólo he hablado del *juez de carrera*; es decir, del juez permanente, instruído y remunerado; he demostrado que no podía ser, de una manera absoluta, independiente del poder público. Pero hay una forma de tribunal que realiza esta independencia del más completo modo: es el jurado. El jurado nada tiene que temer ni nada que esperar del Gobierno; su función es demasiado rápida, demasiado imprevista y demasiado pronto terminada para que el poder llegue á pensar en ejercer presión; el tiempo y las ocasiones lo impiden. Si la falta de toda presión gubernamental hiciese el juez ideal, el jurado sería una institución perfecta. Pero otros compromisos que nó son los del poder, amenazan la independencia del juez. Que ceda á prevenciones políticas ó religiosas, que vacile ante la opinión pública ó la de la prensa, que esté pendiente del elogio ó la crítica de los que le rodean, que se deje llevar por su co-jurado ó que se incline ante los deseos del Gobierno, ¿dónde está la diferencia? En ningún caso es cuestión de independencia real; en todos el juez deja de ser lo que debe.

La superioridad relativa del juez ó del jurado, dependerá de la cuestión de saber cuál de ellos goza de la mayor suma de independencia y por quién será realizada la ley con mayor seguridad. La decisión, en mi parecer, no puede ser dudosa. Sumisión á la ley, tal es la primera virtud del juez; pero esta sumisión exige una educación previa, lo mismo que la obediencia del soldado. La disciplina, para el viejo militar, llega á ser, gracias á la duración del servicio, un hábito, una segunda naturaleza; á tal extremo, que la insubordinación y la

indisciplina le son insoportables. Igual ocurre con el juez respecto á su sumisión á la ley. Todo ejercicio continuado de una cierta virtud, produce el dichoso resultado de hacerla fácil, hasta necesaria, al punto de que el hombre no la puede olvidar sin comprender su propia decadencia. La cosa llega á ser más fácil todavía cuando esta virtud es la base de la profesión y del deber de toda una clase. Los hábitos de ésta, el poder de las costumbres que resulta, es decir, la moralidad particular, el honor profesional, la disposición de ánimo, que es su consecuencia, llegan á ser, en la clase misma, tan fuertes, tan imperiosos, que ninguno de sus miembros puede chocar con ellos abiertamente sin faltarse á la propia consideración; el cumplimiento del deber profesional se convierte en una *cuestión de honor*; es decir, la condición del respeto ajeno y de la propia estimación. El espíritu de clase es el único capaz de originar las cualidades necesarias á la profesión que se ejerce, y las desarrolla tan bien que aun antes de haber adquirido, por experiencia individual, la convicción de su necesidad, el novicio que se afilia está ya impregnado de ellas y se siente penetrado del sentimiento del honor profesional que le traza el camino que ha de seguir. Cada recién llegado recibe también, sin quererlo ni saberlo, su parte de un tesoro de experiencias y de maneras de ver particulares, insensiblemente acumuladas, que conserva y transmite á su vez. Es la no escrita ley de la vida de la clase en que se afilia, desarrollada bajo forma de espíritu de casta.

Sobre estos dos elementos, el ejercicio continuado de una virtud erigida en deber y la influencia moral de la tradición, reposa la superioridad del juez de carrera sobre el juez de ocasión: el jurado. Hay aquí una simple superioridad *técnica*, la del hombre de oficio sobre el aficionado, conocimientos más amplios, una habilidad mayor, hábito de juzgar, pero también una ventaja *moral*: la costumbre de obedecer á la ley, el ejercicio de la fuerza de la *voluntad* para un fin determinado. En la ruda escuela de la disciplina militar, aprende el soldado en seguida la subordinación; en el ejercicio de la justicia aprende

el juez á someterse á la ley. *El ejercicio de la judicatura es la escuela de la justicia.* Lo que hace el juez es la primera noción que hay que adquirir: obedecer estrictamente á la ley, apartarse de toda consideración á las personas, mantener igual la balanza entre el rico y el pobre, el tunante y el honrado, entre el usurero y su víctima; cerrar los oídos á las lamentaciones del mísero, á los gemidos de los parientes, cuyo esposo ó padre va á castigar la sentencia judicial. No es del hombre *malo* de quien es preciso despojarse; es á los instintos generosos á los que hay que imponer silencio; es la mayor prueba á que somete el servicio de la justicia; puede compararse á la del soldado obligado á fusilar á un compañero. Son, en efecto, la piedad, la humanidad, la compasión, todos los sentimientos más nobles, los que se levantan contra el juez. Y para colmar la medida, agregad el caso en que el juez, cuando la culpabilidad de hecho parece dudosa, debe aplicar una ley que choca con su propio sentimiento jurídico, la que conmina con la pena de muerte, por ejemplo, y se comprenderá toda la extensión de esta frase: la obediencia á la ley. ¿Semejante labor puede ser encomendada á cualquier novicio que se sienta hoy en el banco de los jurados y lo deja mañana para no volver á ocuparlo? Tanto vale esperar del guardia cívico la misma disciplina que del soldado regular. No hay entre ellos mayor diferencia que entre el juez de carrera y el jurado. Aquél es el soldado de profesión al servicio del derecho, que hizo del ejercicio de la justicia un hábito, una segunda naturaleza que comprometió en ello su honor; éste es el guardia cívico, para el cual el uniforme y el fusil son cosas de ocasión y que, llamado por la suerte á hacer de soldado, se siente, no soldado, sino ciudadano; nada importa que lleve sobre sí todo el equipo militar, lo que hace el verdadero soldado: el espíritu de disciplina y de subordinación, le falta.

La experiencia puede demostrar si juzgo al jurado con severidad excesiva. Ella nos proporciona mil ejemplos en que la materialidad del crimen estaba demostrada con meridiana claridad, y, sin embargo, los jurados han absuelto al criminal,

despreciando abiertamente la ley, negándole obediencia porque contrariaba su opinión.

De estimar que el jurado debe tener el derecho de medir la falta del criminal, no con arreglo á la ley, sino cual lo concibe su sentimiento subjetivo—como en Roma, en los comicios criminales del pueblo—¡pues bien! ¡Que la constitución le reconozca ese derecho! Pero entre tanto se lo niega, mientras el jurado no tiene por misión juzgar la ley, en vez de juzgar al acusado, todo veredicto de ese género es un acto lastimoso y arbitrario, una revuelta contra el orden, una insurrección contra la ley. Que sea el poder ó el jurado quien viole la ley, que sea para castigar un inocente ó absolver un culpable, poco importa; la ley es desobedecida. Y no solamente tal ley aislada—que el mismo sentimiento público puede reprobbar, aunque esta reprobación no excusa una ilegalidad—pero también, al serlo esta disposición aislada, la majestad de la ley es lesionada, su potestad discutida, la fe en su inviolabilidad quebrantada. La seguridad del derecho, es decir, la certidumbre de que la ley será siempre y uniformemente aplicada, desaparece; en el puesto de la ley equitativa, se coloca el sentimiento individual, incierto y variable de los jurados, es decir, la arbitrariedad, el azar. Tal acusado será absuelto, tal otro, por el mismo crimen, condenado; aquél quedará en libertad, éste subirá al cadalso.

¿Y quién osaría responder de que un tribunal que se coloca por encima de la ley para absolver á un culpable, no procederá un día del mismo modo para condenar á un inocente? Cuando se abandona el recto camino de la ley, no hay más razón para tomar á la derecha que á la izquierda; cuando el torrente rompe sus diques, ¿quién predecirá su curso? Se estará, pues, entregado al capricho de la masa, á su opinión del momento. Hoy en día serán los monárquicos quienes condenarán á los republicanos; mañana los republicanos tomarán la revancha sobre los monárquicos; hoy en día los conservadores castigarán á los liberales, quienes, á su vez, mañana encarcelarán á los conservadores. Permitir á los jurados que corrijan la ley,

es ponerles en la mano una espada de dos filos, con la cual herirán, según las circunstancias, quizá donde no quieren los partidarios del jurado.

Resumo mi opinión sobre el jurado. Abstracción hecha de su independencia enfrente del gobierno, los jurados tienen, por todos conceptos, las cualidades que el *juez no* debe tener. Ignorantes del derecho, que sólo el estudio enseña; desprovistos del sentido de la legalidad, que únicamente lo da la profesión; privados del sentimiento de la responsabilidad, que es producto de la *función*; de la independencia de juicio, que sólo puede originar la práctica; desprovistos de todas estas cualidades, llegan á su asiento, acaso participando ya de la opinión del público ó de la prensa; fáciles de conmover, se dejan ofuscar por el arte del defensor, que sabe donde apoyar su argumentación: sobre el corazón, la humanidad, los prejuicios, los intereses, la opinión política de los jurados; accesibles éstos, en el momento de la votación, á toda opinión contraria á la suya, pero expuesta con autoridad—y que, sin embargo, abandonados á sí mismos, la hubiesen rechazado—y arrojando sobre ella la responsabilidad del resultado; «por lo demás, las mejores personas del mundo», pero para decirlo todo, los guardias cívicos de la justicia, de los cuales todo un pelotón vale menos que un sólo soldado verdadero.

¿Se encontrará una compensación á todas estas inferioridades en el *único* elemento de su independencia enfrente del poder? Se pregunta uno con estupor cómo institución tan defectuosa ha podido hallar tanto crédito é implantarse en todas partes. Evidentemente las razones han debido de ser imperiosas. El jurado ha eximido á nuestra administración de la justicia, de una doble carga muy pesada hasta entonces: el absolutismo, de una parte, la teoría de las pruebas de la Edad Media, de otra. Era necesario, respecto á una y otra cuestión, romper decididamente con el pasado; la institución del jurado respondía perfectamente á este doble fin. En el puesto del juez de carrera, dependiente del poder público, coloca—para la parte de la administración de la justicia en que la ingerencia

del poder era más temible, es decir, la justicia criminal—al jurado, desligado por completo de ese poder. Así arrebató al despotismo su medio de opresión más eficaz; á la incertidumbre del derecho hacía suceder la seguridad, y permitía que fuese posible el progreso legal. Arquímedes había encontrado el punto donde apoyar su palanca para levantar el mundo; todas las conquistas que caracterizan nuestro actual estado jurídico, en lo interno y en lo externo, resultan de este esfuerzo. En *lo interno*: el desarrollo del sentimiento nacional del derecho; el abandono de la estúpida sumisión con la cual, en el décimo octavo siglo, el pueblo dejó realizar contra él los más brutales actos de arbitrariedad soberana; el derecho convertido en el Paladín respetado y sagrado de la sociedad civil, la potestad ante la cual tienen que inclinarse lo mismo los poderosos que los humildes, la joya que excita todos los ánimos á defenderla y conservarla y que ningún poder osaría perjudicar. En *lo externo*: la independencia de la justicia asegurada enfrente de la arbitrariedad del gobierno y convertida en el dogma constitucional que ampara las funciones judiciales (inamovilidad del juez, prohibición de la justicia secreta). El jurado operó la reforma de todo nuestro estado jurídico. Era á los ojos del pueblo la cuestión planteada á los gobiernos: ¿derecho ó arbitrariedad? Antes ya de existir entre nosotros, aparece en otros pueblos como un nuevo Evangelio, ejerciendo esa influencia lejana que las instituciones jurídicas de una nación ejercen sobre el resto del mundo civilizado.

El jurado representa, pues, el tránsito del absolutismo al estado de derecho, servicio inolvidable que hace perdonar todos los defectos de que está tocada la institución. Pero una cosa es el mérito pasajero de una institución y otra su mérito permanente. El primero se lo concedo gustoso al jurado; el segundo se lo niego. Día llegará, estoy convencido de ello, en que el derecho, inquebrantablemente asentado, gritará á los jurados: el negro ha realizado su obra y puede marcharse. Porque negro es, y negro permanecerá, á pesar de todos los esfuerzos de sus partidarios para volverlo blanco. Cierto que

hará falta todavía mucho jabón antes de que todos se persuadan.

El segundo beneficio que nos ha traído el jurado: la abolición de la teoría de las pruebas, que reinaba en la Edad Média, presenta igualmente un carácter transitorio. Sería inútil negarlo afirmando que la institución del jurado no era necesaria para este efecto y que hubiese bastado, para el juez instruído, con la abolición legal de la teoría de las pruebas. La afirmación es falsa, en mi opinión; no sirve de nada verter vino nuevo en toneles viejos. El juez laico tenía más facilidad para repudiar la antigua teoría de las pruebas que el juez letrado, para quien su aplicación había llegado á ser una segunda naturaleza. No se trataba solamente de abolir la *teoría*; era preciso también romper con la *práctica*. Luego aquí tampoco hay razón para conservar al negro cuando su obra está cumplida.

No fundo este juicio desfavorable del jurado sobre la circunstancia de ser el juez, por lo regular, un particular. Yo no opongo el particular al jurista. Mi razón decisiva se halla en la antítesis del juez de ocasión y el juez permanente. Acepto, al lado del jurista, el jurado permanente, es decir, el regidor, y hasta creo que, bajo esta forma, el acceso del hombre del pueblo en la administración de la justicia tiene probabilidades de éxito en el porvenir. Pero creo también que este éxito depende de dos condiciones que deben acompañar á la organización de la regiduría: desde luego, la función del regidor debe durar bastante para que se impregne de la educadora influencia de la práctica judicial; además, la ley debe velar, en la época del cambio de los miembros de la regiduría, por conservar siempre cierto número para mantener la tradición y transmitir á los recién llegados el sentido de la justicia. En una palabra, la institución debe presentar las dos ventajas primordiales de la magistratura permanente: la enseñanza continua de la observación de la ley y el espíritu moral que resulta con la disciplina del cuerpo al cual inspira. En este sistema, la regiduría resolvería el problema vanamente perseguido por el juez de profesión remunerado, estableciendo un juez permanente, en

absoluto desligado del gobierno. La experiencia debe enseñar si la condición esencial de la institución podrá realizarse en todos lados: la de encontrar particulares inteligentes, bastante numerosos y en posición de consagrarse, de una manera gratuita y permanente, al servicio de la justicia.

176. 3. LÍMITES DE LA SUMISIÓN DEL PODER PÚBLICO Á LA LEY.—Por la ley limita el poder público su propia acción. ¿Hasta qué punto debe sujetarse así? ¿Debe sujetarse de una manera absoluta? En esta última hipótesis no habría para nadie más que la sumisión á la ley; el poder público no podría ordenar ó prohibir nada que no estuviese escrito en aquélla; la ley del Estado se hallaría en la misma línea que la de la naturaleza. Como ocurre en la naturaleza, también la ley del Estado constituiría la única fuerza que imprimiese movimiento á toda la actividad social; el azar, la arbitrariedad desaparecerían, y la mecánica del Estado semejaría un reloj marchando con imperturbable regularidad.

¿Quién no vería en eso el ideal del estado jurídico? Una cualidad sola le faltaría: la *viabilidad*. Un Estado semejante no duraría un mes. Para subsistir necesitaría ser lo que precisamente no es: un reloj. Bajo el imperio exclusivo de la ley, la sociedad debería renunciar á su libertad de acción; privada de esta libertad, inclinarse en todas partes y siempre ante la necesidad legal, aun en las circunstancias en que la ley es muda ó incompleta. De aquí resulta que el Estado no puede restringir, por la ley, la libertad y la espontaneidad de su acción, más que en la indispensable medida, y ni aun debe ir hasta su límite extremo. Es un error creer que la seguridad del derecho y la libertad política, sólo se acomodan con un poder poco fuerte; este error tiene su origen en la extraña idea de que la fuerza es un mal que debe combatirse todo lo posible. La fuerza, al contrario, es bienhechora, pero, como otros muchos bienes, es susceptible de abusos (1). El único medio

---

(1) Recuerdo el señalado juicio de CICERÓN sobre el Tribunado, de legib. III, c. 10: *fiteor in ipsa ista potestate in esse quidam mali, sed bonum quod est quasitum in ea, sine isto malo non haberemus.*

de prevenir los abusos no consiste en encadenar la fuerza; hay otro mucho más eficaz: reside en la responsabilidad personal. Los antiguos romanos á él recurrieron. Revestían, sin temor, á sus magistrados de una plenitud de poderío que se aproximaba á la monarquía absoluta; pero les exigían, al terminar sus funciones, cuentas rigurosas (1).

177. DERECHO DE LEGÍTIMA DEFENSA DE LA SOCIEDAD. Por muy extenso, además, que sea el campo que la ley concede á la libertad, siempre pueden surgir circunstancias extraordinarias, en que el poder público deberá optar entre la ley y el bien de la Sociedad; ¿á cuál sacrificará? Conocida es la máxima: *fiat justitia, pereat mundus*. Significa como si el mundo existiese para la justicia, cuando en realidad es la justicia quien existe para el mundo. Si éste y aquélla se levantasen frente á frente, habría que decir, invirtiendo el aforismo: *pereat justitia, vivat mundus*. Pero lejos de eso, la justicia y el mundo marchan á un paso igual y la divisa debe ser: *vivat justitia ut floreat mundus*.

Distinta es la cuestión de saber si, una vez establecida la ley, el poder público debe siempre y en todas partes respetarla.

Yo contesto resueltamente que no. Tenemos un ejemplo: durante un sitio se ve que la defensa de la plaza exige la demolición de ciertos edificios pertenecientes á particulares. La Constitución del país declara inviolable, de un modo absoluto, la propiedad privada; no ha pensado en eventualidades de ese género y los propietarios niegan su consentimiento á la demolición. El gobernador de la ciudad, para no exponerse á perjudicar la propiedad, ¿deberá sacrificar la plaza y con ella, acaso, la última trinchera de la independencia nacional? Esto sería jugarse la cabeza. En la rotura de un dique, en un incendio ó cualquier otra catástrofe de este género, que traen consigo riesgos comunes y sólo pueden ser conjurados causando

---

(1) Véase mi *Espíritu del D. R.*, II, § 40.

perjuicios á la propiedad privada, ¿deberá respetar ésta la autoridad y dejar al elemento destructor que realice su obra?

Cualquiera puede contestar instintivamente. ¿Cómo contesta la ciencia? El acto se justifica por la consideración de que el derecho no es un fin en sí mismo, sino tan sólo un medio de alcanzar el fin. El fin último del Estado, como el del derecho, consiste en establecer y asegurar las condiciones de vida de la sociedad (véase más adelante, núm. 12); el derecho existe para la sociedad, no la sociedad para el derecho. Si acontece, pues, excepcionalmente, como en los casos antes citados, que el poder público se encuentra en la alternativa de sacrificar el derecho ó la sociedad, no sólo le es permitido, sino que es su deber sacrificar aquél y salvar ésta.

Por encima de la ley que viola está la sociedad que debe conservar, y esta otra ley, la *lex summa*, que llama CICERÓN (de legib. III, 3); *salus populi summa lex esto*. En un conflicto semejante, cuando se trata de su propia vida ó de un ataque al derecho de otro, la persona privada puede sacrificar su existencia, aunque la ley no hace de ello un deber (derecho de legítima defensa); se sacrifica á sí misma. Obrar de igual modo constituiría para el poder público una falta capital, porque debe realizar el derecho, no para sí mismo, sino para la sociedad. Cuando el barco está en peligro, amenazada la vida de la tripulación, el capitán arroja la carga por encima de la borda para salvar á todo el mundo; el poder público debe de igual manera sacrificar la ley si á este precio se salva la sociedad. Así son los *hechos salvadores*, como se les llama, y este nombre encierra toda su teoría, su justificación y sus condiciones. Que estadistas sin conciencia han podido, con un fin criminal, invocar los hechos salvadores, que el bien del Estado ha podido servir de manto á la arbitrariedad, sea; pero el principio de que el poder público tiene el derecho de realizarlos es tan indudable, como el derecho del capitán á arrojar la carga al mar. El poder ejerce en este caso el derecho de legítima defensa, que no se le puede negar, como no se le niega á la persona privada; no sólo *puede* ejercerlo, sino que *debe* ejercerlo.

Lo uno es condición de lo otro: sólo puede recurrir á ese derecho allí donde la necesidad hace de ello un *deber*.

No es menos cierto que la descarada violación de la ley constituye siempre un hecho deplorable. La legislación debe, en cuanto le sea posible, evitar esa necesidad al poder público. La cosa es hacedera revistiendo de forma legal el mismo derecho de defensa, y así han procedido, ó de manera muy semejante, todas las legislaciones y constituciones modernas. Se podría dar á las disposiciones tomadas en este sentido, el nombre de *válvulas de seguridad del derecho*: dan salida á la necesidad y evitan así explosiones violentas (1).

La cuestión de saber si estas violaciones de la ley reúnen las condiciones necesarias para su justificación, es toda de hecho y no tenemos que explicarla aquí. Que en estos casos el poder público deba indemnizar al particular lesionado, es una necesidad que se deriva de la naturaleza de la relación social. Esta reposa sobre el principio de la igualdad, y es conforme á este principio que lo que á todos aprovecha debe también por todos ser soportado.

178. DERECHO DE GRACIA. —El derecho de gracia constituye igualmente un caso de inobservancia de la ley por el poder público. En la forma es un atentado al orden jurídico;

---

(1) No es preciso hacer un profundo examen; basta con una sencilla enumeración. Son las siguientes: ataques del poder público á la propiedad privada desde luego á la *posesión*, con medidas *de hecho*, sin procedimiento judicial previo (caso de necesidad, por ejemplo, en caso de incendio inundación, guerra, etc.); privación de la propiedad por vía jurídica, es decir, *expropiación*, sea bajo forma de ley individual, sea mediante el cumplimiento de normas establecidas de antemano para este caso por las autoridades judiciales ó administrativas; suspensión pasajera de ciertas disposiciones legales (por ejemplo, de los protestos, en Francia, durante la última guerra) ó del curso de la justicia normal (*justitium* en Roma); proclamación del estado de guerra ó de sitio (en Roma nombramiento de un dictador; *Senatus consultum: vidcant consules, ne quid detrimenti capiat res publica*); abolición, por la legislación, de derechos existentes (por ejemplo el vasallaje, los derechos comunales ó de apremio, *novæ tabulæ* en Roma, etc.); ataques á estos derechos por una ley con efecto retroactivo. Todas estas medidas se colocan en un mismo punto de vista, y es probar muy poco espíritu de abstracción, admitir unas en principio y rechazar las otras, lo que ocurre con frecuencia en la doctrina como en la legislación, respecto á la cuestión del efecto retroactivo de las leyes, hasta en un autor por lo demás muy radical: F. LASALLE, *System der erworbenen Rechte*, I, p. 3-11.

la amenaza de la ley se ha hecho infructuosa y el criminal se ha sustraído, fuera de tiempo, á la pena contra él pronunciada; de hecho, la ley resulta incumplida. El derecho de gracia parece, pues, inconciliable con la idea de la administración de la justicia. ¿En qué se convierte la ley, si en un caso es aplicada y en otro se considera letra muerta? ¿En qué se convierte la igualdad ante la ley, si la pena es pronunciada contra tal criminal y ejecutada, mientras que tal otro escapa á toda reprobación? El derecho de gracia expulsa, del lugar que ocupan, á la ley y al derecho é introduce la arbitrariedad en la administración de la justicia criminal.

A esto, ¿qué se replica? Es *posible* que la arbitrariedad ocupe el lugar del derecho; pero esto no debe ni puede ser, porque dicho lugar no le está destinado, pertenece á la justicia: á la justicia que, en un caso dado, reconoce que ha excedido los límites de la ley, y que debe poder salvar á un inocente del error por ella cometido. En este sentido la gracia se presenta como el correctivo de la ley estimada imperfecta, ó como la justicia reparando por sí misma su propio error.

179. LAGUNAS DEL DERECHO CRIMINAL.—REMEDIOS.— Pero la imperfección del derecho criminal puede descubrirse, no sólo allí donde reclama ese correctivo, el derecho de gracia, sino también en un sentido bien diferente. Es posible que de pronto aparezca una laguna en la copiosa lista de los hechos criminosos que una larga experiencia ha llegado á divulgar. Una imaginación criminal puede inventar delitos imprevisos, que, aunque no escapan por completo á la ley penal, no hallan, sin embargo, una represión suficiente, dada la gravedad del hecho (1). ¿Qué hacer entonces? Cuando un ser humano amenaza á la sociedad con un peligro que ninguna ley castiga, y manifiesta una depravación que excede la del criminal ordinario, ¿la sociedad debe confesarse desarmada por-

(1) Citaré como ejemplo el conocido caso de Thomas, en Bremershaven: remisión de una caja conteniendo un aparato explosivo, con el fin de destruir el barco elegido para el transporte y la intención de lucrarse con la prima del seguro.

que el derecho establecido no le proporciona pena alguna que aplicar? Sí, contesta el jurista. Su divisa es bien conocida: *nulla pœna, sine lege*. Pero el sentimiento general, al que me adhiero, exige un castigo. Esa proposición, que se presenta como una regla de justicia absoluta, sólo se justifica, en realidad, de una manera relativa. Trata de evitar la arbitrariedad, y respecto á esto tiene su razón de ser. Pero el fin supremo del derecho no es impedir la arbitrariedad, sino realizar la justicia, y el adagio pierde su legitimidad allí donde pone obstáculos á esta realización. Lo que hace falta es establecer la armonía entre los dos fines. Se trata solamente de hacer de modo que la autorización concedida al juez para desviarse de la ley positiva, aproveche no más á la justicia y no favorezca la arbitrariedad. Convendría instituir una jurisdicción suprema colocada por encima de la ley, y formada de tal suerte que aleje para siempre el peligro de convertirse en un instrumento de la arbitrariedad en las manos del poder público.

La cosa ya se encuentra realizada de hecho: parecida jurisdicción existe en Escocia. Pero aunque no existiese en ninguna parte, aquí hace falta preocuparse, no de lo que *es*, sino de lo que *debería ser* y de lo que admiten el fin del derecho y la idea de la justicia. Si es verdad que la ley sola debe reinar, es preciso eliminar el derecho de gracia. Admitir éste, y todos los pueblos civilizados lo han inscrito en su legislación, es abandonar el principio del imperio *exclusivo* de la ley en la justicia criminal; es arrancar al derecho la confesión de que no puede cumplir su misión con la sola ayuda de la ley, que existe un principio de justicia superior á la ley, que obliga á ésta, en un caso dado, á poner la pena en armonía con las exigencias del sentimiento jurídico. Siendo así, ¿por qué detenerse en el camino de las consecuencias? La jurisdicción suprema y extraordinaria, cuyo establecimiento propongo, en la cual ninguna legislación ha pensado todavía, sería el corolario, en sentido inverso, del derecho de gracia; sólo la dirección varía; el principio es el mismo. Otro progreso que hacer sería confiar el derecho de gracia á este supremo tribunal, colocado por

encima de la ley, derecho que ejercería en nombre del soberano, ó encargarle de someter á éste las propuestas de gracia. Tendría también que llenar otra elevada misión: la de mantener el equilibrio entre el derecho escrito y la justicia inmanente que es superior á aquél (1).

Esto sería al mismo tiempo crear, por medio de la jurisprudencia, un elemento de progreso para el adelanto del derecho criminal. Acaso entonces se vería á los jurados absolver con menos frecuencia á un delincuente, á pesar de la evidencia del hecho material. Además de las dos fórmulas de veredicto, culpable ó no culpable, deberían poder recurrir á una tercera forma de juzgar: la remisión al supremo tribunal ó *tribunal de justicia* (el nombre poco importa). En ciertos casos, como el citado de THOMAS, hasta el ministerio público debería tener el derecho de solicitar una pena no prevista por la ley.

No hay que confundir semejante estado de cosas; por encima del juez que pronuncia su fallo según el derecho escrito, un segundo juez, haciendo obra de legislador, es decir, corrigiendo la ley; no hay que confundir, repito, semejante sistema con el ejercicio del poder de castigar, independiente de toda ley, tal como lo practicaba el pueblo romano en los comicios por tribu. Lejos de mí la idea de hacer la apología de ese régimen. Indudablemente concedía una libertad ilimitada en la apreciación de lo que debía ser considerado como delito y de lo que podía ser aplicado como pena. Pero esta ventaja perdía todo su valor en presencia del hecho de que no era una autoridad judicial quien estatúa, y que era el pueblo soberano quien ejercía el derecho de castigar, con todas sus pasiones y sin el freno de la ley. La garantía de la separación de las funciones judiciales de las otras funciones del poder público, faltaba en absoluto. Yo no elogio la individualización absoluta de la justicia criminal, que sólo corresponde al déspota que no tiene que inquietarse por ninguna ley. Lo que alabo es el poder de

---

(1) *Inter aequitatem jusque interpositam interpretationem*, como dice CONSTANTINO en la L. I, Cód. de leg. (I, 14).

individualizar confiado á una autoridad *judicial*. La idea se encontró realizada en el procedimiento civil del derecho nuevo (procedimiento formulario). El juez ordinario no podía evidentemente hallarse revestido de ese poder; pero el Pretor gozaba de esta prerrogativa; su posición, su cortejo de juristas (*consilium*), garantizaban el uso que hacía de su potestad.

Colocado á la cabeza de toda la justicia civil, era al mismo tiempo legislador. Su misión, su deber, le obligaban á poner el derecho en armonía con los progresos del tiempo. Prestaba obediencia instituyendo por medio de sus edictos los nuevos principios jurídicos, y se consideraba como autorizado y, por lo mismo, hasta requerido para eliminar en la práctica todas las severidades del antiguo derecho. Rechazaba acciones permitidas por el antiguo derecho civil, creaba excepciones no previstas por el derecho escrito, restauraba perdidos derechos (*restitutio in integrum*); en pocas palabras, en cada caso particular ejercía la crítica práctica del derecho existente. Organó vivo del derecho (*viva vox juris civilis*), como le llaman los juristas romanos, el Pretor era la personificación de la idea de la justicia; no era el juez sujeto á la ley, sino el legislador colocado por encima de ella y reduciéndola al silencio allí donde parecía contrariar la justicia. Los romanos se acostumbraron á ver al Pretor individualizar la justicia apartándose del derecho existente, y la cosa les ha parecido tan poco rara, que la institución se mantuvo durante siglos y todavía se desarrolló bajo el Imperio. No sólo la adoptaron los mismos Emperadores (*constitutiones imperiales*), sino que concedieron á los juristas tenidos por dignos de su confianza, mediante el *jus respondendi*, la autorización para crear el derecho en un caso particular (*jura condere*) (1).

(1) *Auctoritas conscribendarum interpretandarumque legum*, L. 1 § 1, Cód. de Vet. jur. (1, 17); *Legislaiores*, L. 2 § 20, Cód. ibid.; *Juris conditores*, L. 12, Cód. de legib. (1, 14). *Quibus permissum est jura condere*, GAYO, I, 6. Con esto se relaciona la *inter aequitatem jusque interposita interpretatio* de la L. 1, Cód. de leg. (1, 14) por la cual CONSTANTINO abolió la institución. La naturaleza de ésta puede expresarse así: poder legislativo para el caso particular (sometido á la justicia), justicia individualizadora por oposición á la justicia abstracta de la ley.

Nuestra legislación civil desconoce esta institución que sólo se ha mantenido bajo la forma del derecho de gracia; en la justicia civil exige la rigurosa aplicación de la ley, sin tener en cuenta sus severidades y sus posibles injusticias. La inviolable adhesión del juez á la ley, nos garantiza mejor contra la demasiado fácil arbitrariedad de las apreciaciones individuales.

Aquí terminan mis explicaciones sobre la forma del derecho. Estas explicaciones han demostrado cómo

1. La fuerza se eleva de la orden individual á la orden abstracta; la *norma*; en seguida cómo

2. La norma *unilateral* toma la forma superior de norma bilateralmente obligatoria: el *derecho*, y cómo

3. El derecho crea por sí mismo el *mecanismo* necesario para su realización (la administración de la justicia).

Gracias á estos tres elementos reunidos, el derecho se nos presenta como un *mecanismo público* destinado á realizar las *normas* reconocidas por el poder público como *obligatorias* para todos y para él mismo.

Hemos estudiado la forma del derecho; veamos ahora lo que contiene, ó mejor aún, examinemos el *fin del derecho*, pues su contenido está únicamente determinado por el fin.