

COLECCION
JURISTAS PERENNES

5

Dirigen esta colección
los profesores
MANUEL DE RIVACOBÁ Y RIVACOBÁ
Y
AGUSTÍN SQUELLA NARDUCCI

ANDRÉS
BELLO

ESCRITOS JURIDICOS
POLITICOS Y UNIVERSITARIOS

En esta misma colección:

1. *De la vocación de nuestro siglo para la legislación y la ciencia del Derecho*, por Friedrich Karl von Savigny. 1978.
2. *Discurso preliminar del proyecto de Código civil francés*, por Jean-Etienne-Marie Portalis. 1978.
3. *Teoría tridimensional del Derecho*, por Miguel Reale. 1978.
4. *Cómo se hace un proceso*, por Francesco Carnelutti. 1979.
6. *Discursos*, por Jean-Jacques Rousseau. (En preparación).



RESUMEN DE LOS EFECTOS DE LA PUBLICIDAD DE LOS JUICIOS, SACADO DE LAS OBRAS DE BENTHAM

La publicidad es la más esencial de todas las garantías de la recta administración de justicia. He aquí un breve resumen de sus efectos, sacado de las obras de Bentham:

1º La publicidad del interrogatorio de los testigos excita en ellos todas las facultades mentales que concurren a producir una exposición fiel, particularmente la atención. Es verdad que un testigo de un genio tímido no podría presentarse en público sin una especie de terror, y que sus respuestas bajo la influencia de este sentimiento serían embarazadas y confusas. Pero este es un caso entre mil; y la turbación, aun en las personas nerviosas y de una sensibilidad excesiva, no suele obrar sino en los primeros momentos y ofrece por otra parte una presunción de candor y veracidad. En los casos extremos, pudieran también dispensarse exenciones.

2º Pero el principal efecto de la publicidad sobre los testigos, es precaver el perjurio. Si en un interrogatorio secreto puede ser audaz la mentira, difícilmente lo será en público, aún poniéndonos en el caso de un

hombre enteramente depravado. Tantas miradas dirigidas a él le desconciertan. Una fisonomía conocida y mil que no conoce, le inquietan igualmente. En cada cual de los que le oyen, temerá hallar un testigo que le confunda, y le exponga a todos los peligros del perjurio. Si se descubre su infidelidad, sabe que hay a lo menos una pena de que no podrá escapar, que es la de la afrenta a presencia de una multitud de espectadores.

3° La publicidad tiene otra ventaja relativamente a los testigos, y es que, llamando la atención hacia las causas, hace salir a luz muchos medios de prueba, que, si los procedimientos fueran secretos, permanecerían sepultados en la oscuridad.

4° Este método produce también el efecto favorable de formar un espíritu público en orden al testimonio oral, y sirve para instruir a los individuos acerca de este punto importante. La discusión sobre materias judiciales entra entonces en la conversación ordinaria; y el pueblo toma gradualmente más y más interés en los resultados. La naturaleza y las reglas del testimonio, las diversas especies de pruebas y sus diferentes grados de fuerza, llegan a ser mucho mejor conocidos, aun en aquellas clases de quienes menos pueden esperarse estos conocimientos.

5° La publicidad de los juicios obra en general como un medio de instrucción pública acerca de las disposiciones de la ley, acerca de su aplicación a los varios casos que se presentan, acerca de los medios de que se vale la mala fe para eludirlas, acerca de las imperfecciones mismas de la legislación y de sus buenos o per-

niciosos efectos. Esta es una enseñanza en que la práctica acompaña siempre a la teoría. Es un teatro en que aparecen a un tiempo la constitución moral de la sociedad, y la eficacia de los correctivos que suministra la ley.

6° La publicidad de los juicios da asimismo un grado poderoso de fuerza a la sanción moral, y establece una efficacísima censura sobre las costumbres. ¿A quién no hará estremecer la idea de que sus crímenes, sus fraudes, sus extorsiones habrán tal vez de presentarse algún día a la luz pública y echar sobre su reputación una mancha indeleble? Abierto así a todos el templo de la justicia, se convierte en una escuela nacional en que se inculcan las lecciones más importantes con un grado de fuerza y de autoridad que ninguna otra cosa puede darles. Allí se pone a la vista, el sendero del vicio al crimen y del crimen al castigo, con ejemplos que hacen la más viva impresión. Pensar instruir al pueblo con sermones es presumir demasiado del talento de los predicadores o de la capacidad de los oyentes; pero, en una escena jurídica, la enseñanza, es tan fácil como interesante; lo que se aprende de este modo, jamás se olvida. El precepto de la ley queda impreso en el alma por medio de las particularidades personales con que lo asociamos. Las ficciones del teatro, adornadas de todo lo que puede sostener la ilusión, son unas sombras débiles y fugitivas, en comparación de estos dramas reales, que nos muestran en su triste verdad los efectos del crimen, la humillación del delincuente, las angustias de sus remordimientos y la catástrofe terrible de su sentencia. ¿Qué cosa más a propósito para grabar profundamente en el ánimo de

los espectadores las funciones augustas de la judicatura y la majestad de las leyes?

Sin duda, hay causas en que la publicidad no carecería de inconvenientes, y que no convendría ventilar en presencia de las mujeres o del público. Tales serían las de injurias personales o verbales, y los procesos de familia, como entre marido y mujer, entre hijo y padre, por sevicia o mala conducta. El honor del sexo, en particular, es de una naturaleza tan delicada, que nunca puede haber un exceso de precaución en sustraer a la malignidad ciertos deslices que acarrearían, presentados al público, una pena muy superior al delito, hiriendo vivamente la sensibilidad y mancillando para siempre la reputación de una mujer incauta, víctima tal vez de una seducción infame. El rapto, el incesto, el adulterio exigen igual reserva por el interés de las costumbres. El ansia con que se ve esta especie de causas, prueba demasiado que las revelaciones escandalosas excitan más curiosidad que repugnancia. ¿Y qué provecho se seguiría de rasgar el velo que cubre unos desórdenes cuyo mayor mal consiste en la notoriedad? Convenimos, pues, en que, si los tribunales deben considerarse como escuelas de virtud y de moral pública, es necesario cerrar sus puertas a las mujeres y a la juventud en aquellas causas que pudiesen ofender la decencia y herir el pudor.

7º Pero la mayor importancia de la publicidad es con respecto a los jueces. Ella les es necesaria como estímulo en una carrera llena de deberes penosos, en que han menester toda la actividad del espíritu, y en que un solo descuido puede hacer triunfar la injusticia, o prolongar los padecimientos de la inocencia. Les es

necesaria como freno en el ejercicio de un poder de que tan fácilmente puede abusarse. La publicidad no muda el carácter, pero lo reprime. Delante de un auditorio numeroso, no es fácil que un juez se abandone a su humor, y ejerza aquel despostismo de conducta que intimida a los abogados y a los testigos, o aquella odiosa parcialidad que halaga a los unos y humilla a los otros; ante la continua presencia del público le enseñará a conciliar la dignidad con la moderación. Fuera de estos saludables efectos sobre la exterioridad del juez, la publicidad los produce muy notables en la justicia de las decisiones. ¿Quién eludirá tantas miradas perspicaces y vigilantes? ¿Quién osará tergiversar en una marcha descubierta en que se le observan y se le cuentan todos los pasos? Bajo este respecto, ¿con qué podrá suplirse la publicidad? ¿Con apelaciones, visitas, inspecciones? ¿Con leyes severas contra los prevencionales? Necesarias son, sin duda; pero consultemos la experiencia. En todas partes, se han prodigado estos medios, y en ninguna han sido eficaces. ¿Qué significan esos recursos y esas penas? No hacen más que avisar al juez inferior que le conviene estar bien con el superior y conciliarse su gracia; y para estar bien con él, ya se sabe que no le importa tanto administrar rectamente la justicia, como administrarla del modo que le parezca más a propósito para captarse su benevolencia. La condescendencia política será su primera virtud. Mas, para estar bien con el público, no hay otro medio que una conducta recta: el sufragio nacional sólo se consigue a ese precio.

El espíritu de cuerpo hará siempre que un juez superior castigue con repugnancia los delitos de los inferiores: el público simpatiza sólo con los oprimidos.

Además, ¿de qué sirve apelar de un juez que puede prevaricar en secreto, a otro juez que puede prevaricar del mismo modo?

Todos los hechos están de acuerdo con estos principios. Federico en Prusia y Catalina en Rusia, se dedicaron con un celo laudable a reformar los tribunales, a desterrar de ellos la venalidad, a vigilar sobre los jueces, a instruirse de los negocios más importantes, a castigar las prevaricaciones manifiestas. Pero sus cuidados produjeron poco fruto; sus buenas intenciones se frustraron. ¿Por qué? Porque faltaba a sus tribunales la publicidad, y porque sin ella todas las precauciones son telas de araña.

Dícese que se debilita el respeto a las decisiones de la justicia sometiéndolas a la opinión pública, tribunal incompetente por su ignorancia, sus preocupaciones y caprichos. Confesaremos sin dificultad que en la mayor parte de los estados la porción del pueblo que es capaz de juzgar es pequeña; pero la consecuencia que de esto debe deducirse es enteramente contraria a la que sacan los enemigos de la publicidad. El tribunal del público, dicen ellos, carece de luces para juzgar rectamente; quitémosle, pues, todos los medios de rectificar sus juicios. Se fundan en su ignorancia para despreciarle, y en este desprecio, para perpetuar su ignorancia; círculo tan vicioso en la lógica, como en la moral. Procediendo de este modo, se hace con la nación lo que el tutor criminal, que, aspirando a ocupar el trono de su pupilo, le hizo arrancar los ojos para que la falta de ellos le proporcionase un medio legal de exclusión.

Pero el tribunal popular, por inepto que sea, no se abstiene de juzgar. Querer impedirle que juzgue, es

tentar un imposible; todo lo que puede hacerse es impedirle que juzgue bien. Los errores del pueblo, los extravíos de que acusa falsamente a los jueces, las ideas siniestras que concibe de los tribunales, su parcialidad hacia los acusados y su odio a las leyes, son únicamente imputables a los que suprimen la publicidad de los juicios.

Cuando el público se abstiene de juzgar, es cuando, por un exceso de ignorancia o desaliento, ha caído en una indiferencia absoluta. Esta apatía es el más funesto de todos los síntomas. No es tan malo que el pueblo se engañe en sus juicios, como que deje de tomar interés en los negocios públicos. Entonces cada cual se concentra, y el vínculo nacional está disuelto. Cuando el público dice de la conducta de los tribunales *¿qué me importa?*, ya no hay más que amos y esclavos.

Hasta aquí el ilustre publicista británico. Su opinión es actualmente la de todas las naciones que han adelantado algo en libertad y civilización, y la confirma del modo más decisivo la experiencia de aquéllas que han adoptado la publicidad de los juicios, en algunas de las cuales es ya antigua esta institución. Así es que, lejos de restringirla, vemos que se toman providencias para aumentar su influjo.

En el nuevo código de la Luisiana, hallamos una que nos parece digna de tenerse presente. Concédese en él una libertad perfecta para publicar relaciones verídicas de los procedimientos de los juzgados, limitada solamente por la restricciones que hemos indicado arriba; y no se pone la menor traba a la libre discusión sobre la conducta oficial de los jueces y demás ministros de justicia. Para facilitar este objeto, se ordena

que el juez, a solicitud del actor o del reo, conserve por escrito sus decisiones, con los motivos legales en que se hayan fundado; y se ha creado un funcionario particular, cuyo oficio es publicar relaciones exactas de todas las causas que sean notables o por el carácter del delito, o por la importancia de los principios que se hayan sentado en el curso del juicio.

(Araucano, año de 1835).

NECESIDAD DE FUNDAR LAS SENTENCIAS

I

La asistencia de los ministros de estado al Congreso dará probablemente a las operaciones de este cuerpo la marcha regular que se ha echado de menos en él hasta ahora, y que contribuye más que todo al pronto despacho de los negocios que se someten a su deliberación. De este modo, nos lisonjamos de que, en la presente temporada constitucional, podrán realizarse algunas de las obras indicadas en el discurso del presidente, y en particular, las leyes relativas a la redacción del código, y al arreglo de los juicios.

Sobre el primero de estos puntos, hemos expresado suficientemente nuestras ideas, y tenemos la satisfacción de ver que en ellas no hemos sido más que unos fieles intérpretes de la opinión general de todas las personas sensatas. Nos contraeremos aquí al segundo.

Para que esta reforma sea verdaderamente útil, debe ser radical. En ninguna parte del orden social que nos ha legado la España, es tan preciso emplear el hacha. En materia de reformas políticas no somos inclinados al método de demolición; pero nuestro sistema de juicios es tal, que nos parecería difícil no se

ganase mucho derribándolo hasta los cimientos y sustituyéndole otro cualquiera. No sería tal vez una exageración decir que en él se echan de menos todas las garantías que tiene descubiertas la experiencia para poner coto a la arbitrariedad y amparar el derecho. Y lo que a veces nos hace desconfiar de verlas introducidas entre nosotros, es la preocupación que existe contra algunas de ellas, aun en la clase respetable de los magistrados y jurisconsultos."

Por ejemplo: casi no hay uno que reconozca las ventajas que resultan de que los jueces funden siempre sus decisiones, práctica tan conforme al principio de responsabilidad general, que es el alma del gobierno republicano, o por mejor decir, de todo gobierno. En un país donde el ejecutivo no puede decretar, sino con arreglo a una ley, y citándola, la inversión de la más pequeña suma de los dineros públicos, ¿tendrá un tribunal la facultad de adjudicar una propiedad litigiosa, que puede valer centenares de miles de pesos, sin decir con arreglo a qué ley o qué principio de derecho hace la adjudicación, ni por qué el uno de los títulos alegados debe prevalecer sobre el otro? Esto nos parece monstruoso. En el artículo *Estados Pontificios*, que insertamos en nuestro número 194, se verá que aun en aquellos estados, aun a la sombra del poder absoluto y bajo la menos popular de todas las formas de gobierno, se ha impuesto a los jueces la obligación de fundar las sentencias.

No podemos menos de transcribir aquí lo que dice sobre esta materia el docto jurisconsulto Emerigón en su *Tratado de Seguros*, que se mira justamente como una obra clásica de derecho.

"A pretexto de equidad, no deben los jueces de

los comerciantes (y lo mismo se aplica a todos los otros jueces) apartarse de las leyes y reglamentos. Se les manda solamente no detenerse en las sutilezas del derecho y en lo que se llama *summum jus, summa injuria*. Si la ley es clara y precisa, no les es permitido violarla, por dura que les parezca, (ley 12, *Qui et a quibus manum*). La conciencia de la ley vale más que la del hombre: *conscientia legis vincit conscientiam hominis* (Stracca). Debe el juez seguir la equidad de la ley, no la de su propia cabeza (Dumoulin). Los jueces dan sentencias inicuas, cuando se imaginan ser árbitros y maestros de la equidad (Stracca). Ellos deben tener continuamente a la vista lo que decía M. Pussort, cuando se redactó la ordenanza de 1667: —Todos saben que el juez no hace el derecho, sino solamente lo declara. Es su dispensador, no su dueño. El poder y la soberanía están en la ley, no en él. Y si el juez pudiera impunemente contravenir a la ley, sería por consecuencia infalible dueño de las haciendas, honras y vidas de los ciudadanos, pues sin temor de pena alguna podría disponer de ellas como quisiese, a pesar de la ley.

"La injusticia de una sentencia arbitraria es un atentado contra la ley, más grave que todos los hechos de los particulares que las quebrantan, porque corrompe la fuente misma de la justicia; es un crimen como el de los monederos falsos, que ataca al príncipe y al pueblo. *Omnia sunt incerta cum a jure discessum est. Nec praestari, quidquam potest, quale futurum sit, quod positum est in alterius voluntate, ne dicam libidine* (Cicerón).

"En Inglaterra, los jueces no omiten nada para convencer a las partes y al público de la equidad de

sus decisiones. Entre los romanos, las sentencias designaban los motivos que las habían dictado (Sigonius, *de judiciis*). En Italia, los jueces desenvuelven todas las razones de hecho y de derecho que han determinado sus sentencias.

"La reticencia de estas razones es un gran mal para la justicia: primero, un juez, obligado a exponer los motivos de sus decisiones, pondría la mayor atención en ellos, estudiaría las leyes y se dirigiría por los verdaderos principios; segundo, el litigante, instruido de su derecho por el mismo juez, se abstendría muchas veces del recurso de apelación; tercero, las sentencias de los jueces inferiores instruirían a los superiores de la naturaleza del negocio, y se conocería, por ejemplo, a primera vista, si debe sobreseerse en la ejecución, cuando lo pide un litigante provisoriamente condenado; cuarto, con el trascurso del tiempo, la colección de las sentencias así motivadas, formaría un excelente cuerpo de jurisprudencia, muy propio para perfeccionar las leyes".

Boulai-Paty, que ha dado a luz e ilustrado con notas el tratado *De Seguros* de Emerigon, observa en este lugar: "que se han cumplido ya en Francia los votos del autor, pues los tribunales están obligados a expresar los motivos de sus decisiones".

II

Hay principios que han adquirido de tal modo la fuerza de cosa juzgada, que para contradecirlos es necesario que el escritor se presente armado de razones incontrastables. Es cierto que, en materia de raciocinio y de experiencia, no se debe prestar un ciego asen-

so a la autoridad, por imponente que aparezca. Copérnico y Galileo atacaron preocupaciones universales; pero ellos no hubieran obtenido la corona del triunfo, si no hubiesen opuesto a creencias irreflexivas demostraciones matemáticas, y al testimonio de los sentidos mal interpretado, la evidencia de la razón.

Tal es la especie de argumentos que hubiéramos esperado de los impugnadores de un derecho sagrado; de un derecho que tantas naciones sabias han creído necesario para la conservación de los otros; del derecho que tienen los ciudadanos a que los juzgados y tribunales que fallan sobre su vida, honor y hacienda, sobre cuanto hay de precioso en el mundo, apoyen sus decisiones en las leyes. Mucho antes de promulgarse la que ha impuesto a la judicatura la obligación de fundar las sentencias, habíamos sostenido la necesidad de esta práctica y demostrado sus utilidades. A las razones y autoridades alegadas entonces, nada se ha opuesto, que pueda hacer impresión de un ánimo despreocupado. Lejos de eso, las ha corroborado la experiencia. Los inconvenientes que de aquella disposición se temían, no han aparecido, y magistrados sabios nos han testificado sus buenos efectos.

La existencia de este derecho, su necesidad absoluta, como garantía de una regular administración de justicia, no es un descubrimiento del siglo XIX. El había sido consagrado mucho antes en los gobiernos populares. La Francia, apenas libre, se apresuró a naturalizarlo en su suelo. Ella lo llevó en su código a todos los países que dominaron sus armas; y la experiencia de sus saludables efectos, hizo que lo retuviesen, aun después de recobrada su independencia y restaurada la legislación precedente. El es hoy un axioma en toda

la Europa ilustrada. El cuenta en América la misma fecha que el establecimiento de las colonias inglesas. Y entre todas las nuevas repúblicas americanas, no es Chile, por cierto, la primera que ha dado a su libertad nacional este importante baluarte.

Pero, dejando a un lado los ejemplos de las demás naciones, parécenos que basta una superficial reflexión para reconocer el derecho de los pueblos a esta institución tutelar. Los depositarios de caudales públicos están obligados a dar cuenta de su administración; ¿no lo estarán los funcionarios a quienes se ha confiado la seguridad de las personas y propiedades? ¿Un hombre podrá ser enviado al cadalso y una familia sumida en la miseria por un imperioso y lacónico *fiat*, sin que se manifieste la disposición soberana que lo autoriza, y de que el magistrado por su naturaleza no es más que el intérprete? Semejante régimen estaría bien colocado a la sombra de la monarquía despótica, donde los tribunales, emanaciones de una voluntad omnipotente, que manda a nombre de la Divinidad, pronuncian oráculos que no es lícito someter al examen. El que es dueño absoluto de vidas y haciendas, podrá intimar sus órdenes sin alegar otra razón que *sic volo, sic jubeo*. Pero no es ese el genio de las instituciones republicanas. Bajo su imperio, la responsabilidad, la cuenta estricta de todo ejercicio del poder que la asociación ha delegado a sus mandatarios, es un deber indispensable.

Dícese que esta regla de fundar las sentencias es impracticable en una nación que se gobierna por un cuerpo de leyes tan vasto y enmarañado como el nuestro. La consecuencia que nos parece deducirse de aquí, es la que también hemos sostenido en otros artículos

de *El Araucano*: que es preciso simplificar nuestra legislación; que es preciso reducirla a un todo coherente y armonioso. Si fuese cierto que en su estado actual ella no permitiese a los jueces exponer los fundamentos de sus fallos, eso sólo probaría decisivamente que su codificación es de una urgencia improrrogable. Pero, supóngase la legislación española tan complicada y oscura como se quiera; siempre será necesario que el magistrado haya tenido algún fundamento para declarar, a nombre de la ley (porque no puede hacerlo de otro modo), que tal contrato es inválido, que tal acto es criminal y debe castigarse con esta o aquella pena, que tal demanda es justa, que tal excepción es legítima. No forma él estos juicios por una secreta inspiración. No hay un poder sobrenatural que mueva sus labios, como los de la Pitia, sin el previo trabajo de sentar premisas y deducir consecuencias. ¿Es su sentencia la aplicación de una ley a un caso especial? Cite la ley. ¿Su texto es oscuro, y se presta a diversas interpretaciones? Funde la suya. ¿Tiene algún vicio el título que rechaza? Manifiéstelo. ¿Se le presentan disposiciones al parecer contradictorias? Concílielas, o exponga las razones que le inducen a preferir una de ellas. ¿La ley calla? Habrá a lo menos un principio general, una regla de equidad que haya determinado su juicio. De algunos antecedentes, ¿ha tenido por fuerza que deducirlo. ¿Qué le impide manifestarlos, cualesquiera que sean? ¿No deberá saber el público si un poder que pesa sobre todos los hombres, que se extiende a todos los actos de la vida, se administra con inteligencia y pureza? ¿Y no es la exposición de los fundamentos de las sentencias el único medio de impartir este conocimiento? El que por un decreto judicial ve engañadas sus esperanzas, can-

celarlos sus títulos; destruida su fortuna; inmolada tal vez su existencia, tendrá que someterse a las órdenes del magistrado, como a las de una ciega y misteriosa fatalidad?

La práctica de fundar las sentencias, que bajo este respecto está íntimamente ligada con la naturaleza de las instituciones republicanas, proporciona otras ventajas colaterales de grande importancia. Ella reviste de una sanción solemne la interpretación de las leyes, y dándole fuerza de costumbre, la convierte en una ley supletoria, que llena los vacíos y dilucida las oscuridades de los códigos. La marcha de los tribunales se hace de esta manera más regular y consecuente. Las decisiones divergentes de casos análogos, oprobio de la administración de justicia, son cada día más raras. Y no habiendo nada que fije tantas ideas, como el orden y armonía que las encadenan, esa misma regularidad y consecuencia facilitan, y por consiguiente propagan y generalizan, el conocimiento de las leyes. La jurisprudencia toma por este medio un carácter verdaderamente filosófico; se hace una ciencia de raciocinio; deponen la mugre escolástica; se hermana, como la alta legislación y la política, con la amenidad y elegancia. Véase, si no, las colecciones de causas y juzgamientos que se publican en Inglaterra, Francia y los Estados Unidos; compárense las profundas y lúcidas discusiones legales recopiladas en ellas con las glosas y comentarios de casi todos nuestros expositores, en que lo rancio de las formas; lo licencioso de las interpretaciones, las argucias casuísticas, el interminable cúmulo de citas en que se hunde a cada paso el texto, como un río tortuoso, que se pierde entre arenales para reaparecer a algunas leguas de distancia, en una palabra, la

falta de filosofía, y a veces hasta de sentido común, hace desabrida y fatigosa la lectura, empaña aún la buena doctrina, y desacredita las ciencias legales. Que esta diferencia se debe en gran parte a la práctica de fundar las sentencias, es para nosotros indudable, porque ella tiende a producir orden y coherencia en el sistema legal, y del orden nace la luz, y la luz no es menos insparable de la belleza en las artes, que de la verdad en las ciencias.

(Araucano, años de 1834 y 1839).