

CAP. XXXI. De la integridad del cuerpo	
de derecho	161.
COMENTARIO.	169.

y acaso no se equivocará quien piense que la publicidad de los juicios criminales contribuye tanto como la pena á prevenir los delitos.

Hé concluido lo que me ha parecido deber decir para suplir la inexcusable negligencia de Bentham en este artículo, y solo añadiré que la ley debe fijar los términos de los procedimientos judiciales, haciéndolos lo mas breves que sea posible, sin perjuicio de la defensa de los acusados y de la verdad que se busca; y que segun una observacion de Montesquieu, muy digna de él, vale mas que el legislador se exceda en multiplicar las formas de los juicios que en minorarlas; porque encierran á la autoridad del juez dentro de ciertos límites que no puede traspasar, sin que el abuso se manifieste al instante por la falta de forma que se echa de ménos, estorban la arbitrariedad y protegen á la inocencia sin perjuicio de la justicia y de la ley.

CAPITULO XXXI

De la integridad del cuerpo de derecho

No basta que un cuerpo de derecho esté bien redactado con respecto á su extension, sino que es necesario tambien que sea completo. Para esto era preciso que

abrazase desde luego el conjunto ó el todo de la legislacion, y nunca se habia llenado este objeto principal, Yo me hé atrevido á emprenderlo, y hé allanado, por decirlo así, la esfera de las leyes para presentar bajo de un solo aspecto todas sus partes.

La coleccion de las leyes compuesta sobre este plan sería vasta, pero esta no es una razon para que en ella se omita nada. Que una ley esté escrita, ó que no lo esté, no es ménos necesario conocerla; y cerrar los ojos sobre la masa de un fardo que uno está obligado á cargar, no es un medio de aligerar el peso. Ademas ¿ qué parte sería la que debiese excluirse? ¿ á qué obligaciones se debe sujetar al ciudadano sin que lo sepa? ; qué lazo para él, el de unas leyes que ignora! Esto sería en los gobiernos el mayor de los delitos si no fuera el efecto de la incapacidad y de la ineptia. Calígula puso muy altas las tablas de sus leyes para hacer mas difícil el conocimiento de ellas; ; cuántos estados hay en que se hace aun peor que esto! Ni aun están en tablas las leyes, ni aun están escritas, y se hace por indolencia

lo que el emperador romano hacia por tiranía.

Redaccion completa : hé aquí la primera regla : todo lo que no esté en el cuerpo de las leyes no será ley. Nada debe referirse al uso, ni á leyes extrangeras, ni al supuesto derecho natural, ni al supuesto derecho de gentes. El legislador que adopta, por ejemplo, el derecho romano, ¿ sabe lo que hace ? ¿ puede saberlo ? ¿ no es este un campo eterno de disputas ? ¿ no es volver á la arbitrariedad, con una sola palabra, todo lo que se ha querido quitarla ? Este amalgáma, ¿ no basta para corromper á todo un código ? Si se juntan dos cantidades, la una finita y la otra infinita, la suma de ellas será infinita : este es un axioma de matemática.

Yo no digo que si entre los estados de un soberano se hallára una provincia ó una ciudad que tuviese algunas costumbres ó algunas leyes no escritas, á cuya conservacion estuviese el soberano obligado, sea por algunas convenciones, sea por el uso, debiera abolirlas : no por cierto ; pero conduciéndose con la prudencia necesaria

podrá homologarlas, y fijarlas por escrito. Esto fué lo que hizo Carlos V. con el Hainaut.

Contra una redaccion de leyes se arguye que no es posible preveer todos los casos que pueden suceder. — Convengo en que no pueden preverse *individualmente*, pero se pueden preveer en la *especie*: puede uno por ejemplo asegurarse de que todos los géneros de delitos están comprendidos en las tablas ó catálogos incluidos en esta obra, aunque no se tenga la seguridad de haber previsto todos los delitos individuales posibles.

Con un buen método se previenen los acontecimientos en vez de seguirlos, y se les domina en vez de ser el juguete de ellos. Un legislador limitado y tímido espera que los males particulares hayan empezado á existir para prepararles un remedio; un legislador sábio sabe preveerlos y prevenirlos con precauciones generales. Ha sido ciertamente preciso empezar por hacer las leyes civiles ó penales, á tuestas y á medida que las circunstancias han hecho ver la necesidad de ellas: se han lle-

nado las brechas con el cuerpo de las víctimas; pero este proceder de las edades de la barbarie no debe seguirse en la edad de la civilizacion.

Entre todos los códigos que los legisladores han tenido por *completos*, ninguno hay que lo sea. El mas antiguo es el código Dinamarqués, publicado en el año de 1683 : el código Sueco es de 1734 : el código Federico es de 1751, y el código Sardo de 1770.

En el prólogo del código Dinamarqués se declara expresamente que es completo, y sin embargo nada contiene de lo que concierne á los impuestos; nada sobre los reglamentos de las profesiones; nada sobre la sucesion á la corona; nada sobre los poderes de los empleados subalternos á excepcion de los de la justicia; nada sobre el derecho de gentes. No tiene formularios ni para los contratos, ni para las disposiciones de bienes, ni para las piezas del proceso. — Sin embargo, es el ménos incompleto de todos los códigos.

Al código Sueco le faltan todas las partes que al código Dinamarqués, y ade-

mas le falta el derecho político ó constitucional.

El código Federico que se anuncia en el título como universal, está absolutamente limitado á la parte civil, y aun en esta parte le falta mucho para ser completo; porque se habla en él de un derecho feudal que se piensa en redactar; despues, de una parte del derecho canónico á que no se toca; de muchos estatutos de ciudades y de provincias, cuyo exámen queda reservado etc.

El código Sardo reconoce por su base al derecho romano, y remite á él frecuentemente bajo el nombre de derecho comun. No se necesita mas para volverlo á sumergir todo en la incertidumbre.

Nada digo del método seguido en estos códigos : la ciencia legislativa estaba muy poco adelantada en sus tiempos para dar algunos modelos de coordinacion y de distribucion.

Estas observaciones nada ménos tienen por objeto que menospreciar los presentes que estos soberanos han hecho á sus pueblos. El que ménos ha acertado en la com-

posicion de un código , ha hecho un bien inmenso ; y redactando un cuerpo de derecho , han hecho desaparecer á lo ménos en gran parte las leyes que se repiten , y las leyes que se contradicen ; han librado á sus pueblos del derecho no escrito, de aquel derecho incierto por esencia , derecho sin principio y sin fin , derecho por el cual se gobierna á los animales , y que es indigno del hombre,

La ley escrita es la única que puede merecer el nombre de ley : la ley no escrita es propiamente hablando una ley conjetural , una ficcion de ley ; para la ley escrita hay una base segura y manifiesta ; hay un legislador , hay una voluntad , hay una expresion de esta voluntad , una época conocida de su origen ; pero una ley no escrita nada tiene de todo esto ; se ignora su origen ; vá siempre creciendo ; nunca puede estar acabada ; se modifica sin percibirlo , y si tiene un legislador , es el juez mismo : legislador cuyas leyes todas son particulares , y necesariamente *ex post factum* : legislador que solamente pro-

mulga sus leyes para la ruina de los individuos sobre que recaen.

La grande utilidad de la ley es la certidumbre que no hay ni puede haber en la ley no escrita. No hallándola el ciudadano en parte alguna, no puede tomarla por regla de su conducta, y está reducido á consultas y juntas de abogados : recoge cuantas opiniones puede permitirle su caudal, y todas estas diligencias ruinosas vienen á parar las mas veces en crear nuevas dudas.

Solamente la mayor integridad de un tribunal puede estorbar á los jueces el hacer de una ley no escrita un medio continuo de favor y de corrupcion.

Pero donde quiera que exista, los le-gistas serán los defensores y admiradores de ella, tal vez inocentemente; porque naturalmente se ama un medio de poder, un medio de reputacion, un medio de riqueza : se ama la ley no escrita por la misma razon que los sacerdotes de egipto amaban sus geroglíficos; por la misma razon que los sacerdotes de todas las religiones aman los dogmas y los misterios.

COMENTARIO.

Todo lo que no está escrito en el libro de las leyes, no es ley. Bentham consagra este capítulo á amplificar y á probar con razones y con ejemplos esta máxima, cuya primera consecuencia es que un cuerpo de leyes debe ser íntegro ó completo, es decir, que debe contener todos los derechos y todas las obligaciones del ciudadano. Un cuerpo tal será necesariamente voluminoso; pero ¿no será esto ménos malo que abandonar al hombre en la sociedad, sin darle reglas de conducta, ó someterle á reglas que no puede conocer? Son mas los casos que las leyes, dice un axioma de la jurisprudencia romana, y el axioma es cierto, si se entiende de casos individuales, que es imposible que el legislador prevea y comprehenda en sus leyes; pero es falso si se aplica á los casos en especie, y en los catálogos de los delitos, que hemos visto en esta obra, seguramente están comprendidos en especie todos los casos posibles, lo que basta para la integridad del código penal: si no se puede presentar un caso individual á que no se apliquen los principios ó reglas generales que las leyes dán para los casos en especie, nada mas se necesita. No debe dejarse cosa alguna para que se decida por un derecho extranjero, por un supuesto derecho natural, por un supuesto derecho de gentes, por el uso ó la costumbre.

Esta es la doctrina de mi autor , y en todo soy de su opinion , como no sea en lo que dice contra la ley no escrita ; y á riesgo de ser confundido en la tropa de los juristas , que segun dice , aman , admiran y defienden la ley no escrita , por la misma razon que los sacerdotes egipcios amaban sus geroglíficos , y los sacerdotes de todas las religiones aman los dogmas y los misterios , yo quiero presentar al lector mis observaciones sobre este punto , aunque con aquella desconfianza que debe tener el que se atreve á contradecir á Bentham.

Yo no soy admirador de la ley no escrita , y me parece que conozco sus imperfecciones ; pero no por esto creo que no sea una verdadera ley ; porque , ¿ es otra cosa la ley que la expresion de la voluntad general ? ¿ y qué importa que esta voluntad se exprese por escrito , de palabra , ó por actos repetidos que la indican clara y constantemente ? Aristóteles , (3.º polt. cap. últ.) piensa que es de mas valor y mas importancia la ley no escrita que la escrita , y muchos jurisconsultos romanos son de la misma opinion. Yo por mi parte pienso que la ley consuetudinaria ó no escrita es una expresion mas segura de la voluntad general , que la ley escrita ; porque en esta puede expresarse otra cosa que lo que el pueblo quiera ; pero cuando el pueblo por largo tiempo hace repetidas veces ó tenazmente , como se explica un jurisconsulto , una cosa siempre del mismo modo y sin alteracion ,

es clara y evidente su voluntad de que así se se haga , ¿ y qué cualidad falta á esta ley para que sea una verdadera ley ? Ella tiene un legislador conocido , el pueblo , el autor mismo de la ley escrita ; hay una voluntad , la voluntad general , y hay la expresion de esta voluntad por la repeticiou de actos uniformes por largo tiempo . Podrá tal vez succeder que no se conozca la época en que tuvo principio una ley no escrita ; pero ¿ qué importa esto ? Tambien á veces se ignora el origen de una ley escrita , y ninguna ley toma su fuerza obligatoria del tiempo , sino de la voluntad del legislador : ántes de que los hombres supieran escribir , ántes de que se hicieran compilaciones escritas de leyes , ¿ no existian leyes ?

Esto es evidente , á lo ménos en aquellos estados en que el pueblo es legislador ; pero no deja de ser tambien cierto en los gobiernos en que , como en las monarquías absolutas , solo el príncipe es el legislador : entónces la costumbre recibe la fuerza y calidad de ley de la voluntad del soberano , que habiendo visto introducirse la costumbre con la repeticion de actos uniformes en el transcurso de un largo tiempo ; no habiéndolo estorbado , manifiesta con harta claridad querer que se convierta en ley . Por esto es menester que el tiempo sea bastante largo , y los actos uniformes en bastante número , para que sin violencia pueda suponerse en el príncipe esta voluntad , y que

tiene noticia de la costumbre que se vá introduciendo. Uno de los grandes defectos que yo veo en la ley no escrita, viene de no haberse fijado por una ley expresa el número de actos iuniformes, y el tiempo que se necesitan para que una costumbre se tenga por legitimamente introducida, y adquiera fuerza y eficacia de ley ; porque sobre esto nada dice el derecho y sus intérpretes discordan mucho, y esta discordancia de opiniones dá motivo á pleytos y arbitrariedades ; pero nunca será cierto, como dice Bentham, que si hay algun legislador de la ley no escrita, es el juez mismo que la hace y la aplica *ex post factum*.

Hay algunas costumbres contrarias á las leyes escritas, que al fin derogan á estas, y no tiene duda que en estas costumbres los primeros actos por donde empezáron, fuéron ilegítimos hasta que la tolerancia y la voluntad tácita del legislador los legitimáron : no puede decirse lo mismo de las costumbres *preter legem*, que tocan á cosas sobre las cuales nada ha determinado la ley escrita, y claro está que estas costumbres pueden mas fácilmente convertirse en leyes, que las que luchan con leyes establecidas.

El que alega á su favor una costumbre, debe probarla del mismo modo que se prueba cualquiera hecho dudoso ; y así no es tan fácil, como dice Bentham, que los jueces puedan hacer de una ley no escrita un medio continuo

de favor y de corrupcion : podrá un juez parcial ó corrompido no conformarse en su sentencia con una costumbre bien probada , ó suponer probada una costumbre que no lo esté ; pero del mismo modo podrá no conformarse con una ley escrita , y suponer probados en el juicio hechos que no lo están. La ley no escrita vá siempre creciendo , dice Bentham : ¿ qué quiere decir esto ? ¿ qué la ley no escrita adquiere cada dia mas fuerza ? Esto , lejos de ser un inconveniente , sería una ventaja , y ojalá que todas las leyes fuesen creciendo de este modo , en vez de debilitarse con el tiempo. Nunca (prosigue) está acabada : ¿ cómo qué no ? En el momento mismo en que se han repetido bastantes actos uniformes , y se cumple el tiempo necesario para que una costumbre se convierta en ley , está acabada y perfecta la ley no escrita , que podrá modificarse como la ley escrita por la voluntad expresa ó tácita del legislador.

A pesar de esto es menester confesar que la ley no escrita está mas expuesta que la escrita á la incertidumbre , de lo que nacen las disputas y pleytos que es preciso haya , cuando algunos afirman y otros niegan la existencia de una cierta costumbre , alegando los unos una série de actos conformes á la costumbre , y los otros un igual número de actos contrarios á ella , lo que hace vacilante é incierta la decision del juez en casos de esta especie. Por esto no dudo

que sería muy conveniente que el legislador incluyese en el cuerpo del derecho las costumbres que mereciesen conservarse como leyes, y declarase que en adelante ninguna costumbre tendría fuerza de ley por muy antigua que fuese y constantemente observada. Así ya no podría alegarse en apoyo de la ley no escrita la voluntad tácita del legislador, desaparecería la distincion entre el derecho escrito y no escrito, y sería íntegro el cuerpo de las leyes.

CAPITULO XXXII.

De la pureza en la composicion de un cuerpo de derecho.

LLAMO *pureza* en la composicion de un cuerpo de derecho, á la ausencia de toda materia heterogénea, de toda mezcla extraña, de todo lo que no es ley, de todo lo que no es la expresion pura y simple de la voluntad del legislador. Las leyes hechas para los siglos deben ser superiores á las pequeñas pasiones : deben mandar é instruir, y no deben ocupar la arena, y disputar con los individuos. *Leges non decet esse disputantes*, dice Bac-