

---

EL ACUSADO, EL DERECHO Y LA CONSTITUCIÓN

---

Augusto Robert Castro\*

RESUMEN

El temacentral de esta ponencia descansa en el derecho y la democracia en cuanto ambas se ubican dentro de la esfera del razonamiento.

Los antecedentes de la dignidad humana se remontan a los planteos de la religión judeo-cristiana pasando por Roma como eje para el reconocimiento de las actuales concepciones jurídicas de occidente.

La relación de los mediadores entre la religión y los dioses con los hombres recayó en quienes fueron sus jueces y administradores así como jefes guerreros.

El paso por los filósofos sirvió para clarificar a la propia democracia con respecto a la razón, enfatizando algunos en la razón como fuente para justificar el quehacer humano y deslindándolo de las pasiones.

Estos contextos definen la práctica del derecho y su referente es la búsqueda de la justicia a través de las leyes y la defensa de los derechos de las personas. Existe bastante similitud entre el derecho y la medicina en cuanto ambos se dirigen a la protección del hombre en sus momentos de infortunio.

PALABRAS CLAVES

Derecho. Medicina. Razón. Leyes. Democracia.

El tema que nos ocupa se va a desarrollar bajo los fundamentos del Derecho y la Democracia, ya que ambos se encuentran dentro de la órbita del razonamiento, por el hecho de que *Derecho es Razonamiento*, y *Democracia también es Razonamiento*.

---

\* Abogado

Para poder probar lo más arriba expresado, tenemos que remontarnos en el pasado. Y para muestra basta un botón.

La relación religiosa judaico-cristiana ha profesado siempre la dignidad, la valía y la responsabilidad del individuo. Sin embargo, el gran impulso inicial de respeto legal para el individuo lo generaron los romanos cuando nos dieron las concepciones jurídicas fundamentales de la civilización occidental. Empezando en los últimos días de la República, los romanos formularon las concepciones lógicas abstractas de las relaciones de funcionamiento conjunto y de convivencia de la sociedad, tales como el concepto de propiedad, de venta, de sucesión testamentaria y de contrato que siguen siendo hasta nuestros días la base del pensamiento jurídico occidental. Los romanos reorganizaron también de un modo completo su sociedad sobre la base de las nuevas concepciones de justicia y derecho. C. H. McIlwain ha dicho a propósito de esta reorganización *«No hay probablemente en la historia escrita ninguna otra revolución social tan importante y tan completa, y tan continua en el curso de un periodo tan prolongado...»* Todo el empuje de esta revolución iba a abrirse paso por medio de la autoridad del paterfamilias, basada en la religión pagana, y a dar condición legal a las personas individuales. (El término paterfamilias significa el jefe de familia, pero más en el sentido de genealogía). Lo más importante de todos, el racional asentimiento de las partes —en vez de la estricta sumisión a la fórmula ritual— vino a ser la base de las transacciones jurídicamente obligatorias. Esto quería decir que en lo sucesivo los tribunales constreñirían al hombre a cumplir la obligación contractual si había ejercido el juicio racional y convenido en el contrato, mientras que anteriormente, se obligaría únicamente a cumplir el contrato si la voluntad de los dioses lo había hecho valedero mediante el empleo de la fórmula ritual apropiada.

Nos resulta difícil comprender que el hecho de dar trascendencia jurídica al asentimiento racional de las partes en una transacción, nunca es una idea revolucionaria, porque esto ha consti-

tuido durante un largo tiempo una parte fundamental de nuestro pensamiento jurídico. Pero consideremos la repercusión de estas ideas en un pueblo que se guiaba en toda decisión importante por la consulta a los dioses a través de los auspicios. Cicerón habla de los auspicios y del senado como los fundamentos gemelos de la Roma primitiva. ¿Por qué? Porque el pueblo de la Roma Primitiva, y las antiguas ciudades-estado griegas, vivían en un mundo en el cual los acontecimientos estaban controlados por los dioses. En un mundo así, la única manera de plantear en vistas al futuro es consultar a los dioses. Los únicos hombres en quienes se podía depositar confianza para la adopción de decisiones son aquellos que pueden consultar a los dioses.

En las antiguas Grecia y Roma, los únicos hombres que podían consultar a los dioses eran los jefes de familias, de linajes, de tribus y de ciudades-estado. Puesto que estos hombres tenían la responsabilidad en materia de religión de los grupos que presidían, eran ellos los jueces, los administradores económicos y los jefes guerreros de estos grupos. La vida pública de Roma era inseparable de la religión: toda acción del Estado empezaba y concluía con una ceremonia religiosa....

Mientras estas primitivas concepciones mantuvieron su dominio, toda la propiedad pertenecía a la familia-concebida ésta como la continuidad de generaciones. El paterfamilias de aquellos tiempos no podía enajenarla, no podía desheredar a su hijo, y éste no podía rehusar una herencia que se saldara en deuda. Lo que se transmitía de padre a hijo no era la propiedad en sí misma sino el poder de actuar con respecto a la propiedad, y ésta pasaba a título de sucesión a la autoridad encargada de dirigir la religión familiar. Las hijas, que en ningún caso podían dirigir la familia, no podían heredar. Los hijos varones tampoco tenían autoridad alguna sobre la propiedad durante la vida de su padre.

Esta forma de organización social fue rechazada y sustituida en Roma, al final de la República y durante el Imperio, porque los filósofos griegos destruyeron el mundo en el cual los aconte-

cimientos están controlados por el antojo de los dioses y lo reemplazaron por un mundo racionalmente ordenado que puede conocer toda persona normal adulta. En los días de los auspicios, la sociedad no podía permitir que un campo de trigo estuviera controlado por una persona que no tuviera acceso a los dioses porque el que controlaba la productividad de ese campo era un Dios. Pero en un mundo caracterizado por el orden racional, los eventos físicos ocurrían o dejaban de ocurrir según una causa y efecto racionales. La filosofía estoica ejerció una enorme influencia entre los fundadores del derecho romano. Esta filosofía sostenía que el universo es racional; y por consiguiente, que todos los hombres —y no sólo unos cuantos como habían sostenido Platón y Aristóteles— pueden conocer el orden racional; y por consiguiente, que todos los hombres son iguales. Los romanos dieron forma jurídica a estas ideas y organizaron conforme a ellas su sociedad.

Las concepciones estoico-romanas se enriquecieron con las enseñanzas religiosas y éticas judaico-cristianas, con la historia constitucional del derecho común, y con el derecho civil de la teoría política de la Europa continental. Enriquecidas de esta guisa, constituyen una tradición capital de la civilización occidental que ve al hombre como un ser libre, racional y moralmente responsable.

Un enunciado de esta tradición puede ser el de que todos los hombres son racionales y viven en un mundo racional; de que los hombres siguen su curso en este mundo aprendiendo el orden en que él impera y obrando juntos en sociedades formadas sobre la base de convenios implícitos acerca de la justicia y de los medios efectivos para la búsqueda del bien común; de que los hombres tienen la responsabilidad de conocer y cumplir las obligaciones de la sociedad. Al mismo tiempo, los hombres tienen derechos que la sociedad no puede abrogar.

Esta tradición central se expresa en la *Declaración de Independencia*. Declaramos que estas verdades son evidentes por si

mismas, que todos los hombres han sido criados iguales, que están dotados por su Creador con ciertos derechos inalienables; que entre estos están la Vida, la Libertad y la búsqueda de la Felicidad.

En la época recién pasada existieron tres grandes hombres, que influyeron también en la forma de razonar del hombre, por medio de sus obras y éstos grandes hombres fueron: Santo Tomás de Aquino, Descartes y Spinoza. Éstos fueron los paladines del pensamiento y de la cultura occidental moderna como lo demostraremos mas adelante.

La importante de Santo Tomás radica en que su obra representa la síntesis magistral del cristianismo y el aristotelismo. Al fusionar en un todo armónico y perfectamente coherente estas dos vertientes del pensamiento y la cultura occidentales, Santo Tomás preparó el terreno para el advenimiento del Renacimiento y la Modernidad.

El oscurantismo medieval, en efecto, no fue fruto tanto del cristianismo como del platonismo, con el que se confundió tempranamente. No se hubiera podido salir del mismo si el pensamiento cristiano no hubiese sido reconstruido desde dentro por Santo Tomás, aprovechando los avances de Duns Scoto y Guillermo de Occam.

La obra de Descartes es igualmente imprescindible, por los alcances que llegará a tener la duda metódica. Estos alcances van tan lejos que, como decía Borges, la diferencia básica entre el hombre medieval y el hombre moderno está en que aquel tenía fe diversificada por dudas, mientras que éste tiene dudas diversificadas por fe.

A partir de ello, el hombre moderno resulta inevitablemente individualista, puesto que toma conciencia de que es a partir de sí mismo que el mundo se ordena y toma un determinado sentido.

Finalmente, la importancia de la obra de Spinoza radica especialmente en el terreno de la política. Spinoza es conocido y

celebrado, fundamentalmente, por su Ética, indudablemente, una de las obras cumbres del pensamiento humano. Sin embargo, su pensamiento político, contenido sobre todo en su obra póstuma «*Tratado Político*», es aún más imprescindible.

El pensamiento político de Spinoza contiene la mejor defensa de la democracia porque supone un entendimiento de la democracia. Entender la democracia, como señala en nuestros días, el economista Patrick Gunning, es comprender sus virtudes y defectos, sus alcances y limitaciones.

Para Spinoza, el mérito central de la democracia radica en que es la única forma de gobierno basada exclusivamente en la razón.

Spinoza también supo, sin embargo, que el problema de la democracia radica en su potencial autodestructivo. La democracia, como sabemos hoy los latinoamericanos, puede dar pie a la democracia de masas, o a la democracia totalitaria, en las que nuevamente son las pasiones y no la razón la que prevalece.

Para evitar este tránsito funesto, Spinoza comprendió que las reglas del juego democrático debían ser diseñadas adecuadamente. Al señalar esto, dio pie al constitucionalismo moderno y a la literatura de la elección pública, contemporánea. Son deudores suyos Locke, Montesquieu y Madison, pero también, en nuestros días, James Buchanan y Dennis Mueller.

Santo Tomás, Descartes y Spinoza exaltaron la razón, pero no fueron racionalistas en el sentido estrecho de la palabra. Entendieron la razón, diríase que en un sentido arquitectónico, como la estructura dentro de la cual debía desarrollarse y florecer la vida humana.

Fuera del ámbito delicado y noble de la razón, los hombres se marchitarían triste e inevitablemente.

Ninguno de los tres presentieron como fácil el cumplir con las exigencias de la razón. Supieron bien que las pasiones fácil-

mente podían disfrazarse como razones. Resultaba menester, por tanto, permanecer siempre alertas, abiertos a la discusión y el examen crítico. En sentido, la vida humana resultaría, como quería Karl Popper, una búsqueda sin término.

La relación que existe entre el médico y el paciente, es una relación contractual, y como es bien sabido en nuestro sistema de derecho civil existe también la responsabilidad delictual, la diferencia de una y otra radica en que en materia delictual la víctima ignora por adelantado quién será el autor, por que ella no ha tratado con esto; es decir, no ha aceptado las consecuencias de su impericia.

La diferencia que se quiere así establecer desde el punto de vista de la apreciación de las faltas entre la falta contractual y de la falta delictual, es más teórica que práctica, de tal manera que los autores han podido escribir que ninguna decisión ha establecido diferencia entre las faltas contractuales y las faltas delictuales desde el punto de vista de su apreciación (Colín y Capitant, 9.<sup>a</sup> ed, 6 11, N.º 388).

Es preciso, pues, desde el punto de vista práctico, por lo menos, no insistir demasiado sobre la diferencia que se pretendería establecer entre la apreciación de la falta contractual y de la falta delictual. El alpinista de que se ha hablado, que, deslizándose, causa la muerte del turista de otra caravana, estará exento de responsabilidad si el paso falso de este alpinista es un caso fortuito; inversamente, si una imprudencia le es imputable, por ejemplo, si no ha tenido en cuenta un aviso que el guía le había dado.

Es porque esta diferencia práctica entre la apreciación de la falta contractual y la apreciación de la falta delictual no es sensible, que la jurisprudencia ha invocado durante largo tiempo los artículos 1382 y 1383 en materia contractual, cuando se trataba de la responsabilidad médica, y todavía actualmente cuando se trata de la responsabilidad de los oficiales ministeriales.

Los autores han tratado de explicar como los principios de la responsabilidad delictual rigen los contratos intervenidos con los profesionales que ejercen una profesión liberal. Los profesionales, escribe en sustancia Domguez, gozan de independencia en la ejecución de sus contratos. Estos contratos dan simplemente posibilidad de emplear su libertad de una cierta manera, de suerte que en caso de mal uso, hay falta aquiliana. Pero se puede tener el mismo razonamiento para los contratos intervenidos con un mandatario o con un oficial ministerial.

En realidad, la jurisprudencia no ha hecho el análisis sutil que propone Demogue. Ella aplica, o bien ella ha aplicado los artículos 1382 y siguiente, porque estos textos formulan reglas que ella cree o ha creído posible adaptar a todas las situaciones que no son objeto de un texto preciso.

Con razón ha dicho Camelutti que la solidez de los cimientos debe ser el primer cuidado de quien constituye un edificio. La figura del abogado va unida a la prueba más íntimamente que a cualquier otro aspecto de la vida del derecho y del provecho. Y que es un tema profundamente teórico pero, sobre todo, esencialmente práctico.

Lo más práctico que el abogado ha de hacer en su vida profesional, su actividad ante los tribunales de justicia, es probar. *Vir bonus, dicendi peritus*: Hombre bueno y perito en el decir.

Lo importante es *ser*, en el buen sentido de la palabra bueno. De la pericia en el hablar quizá cabría decir que puede ser a veces más importante saber callar. El abogado y la prueba, en las dos está lo bueno, la bondad, el abogado debe ser bueno, *vir bonus*; prueba viene de *probo*, probar, *probare*, y no significa otra cosa que hacer bueno, establecer la corrección o la autenticidad de algo que se ha afirmado.

Abogado y prueba involucran la idea de bondad. Acaso, en la práctica, se falle muchas veces a esta exigencia, y los abogados no sean siempre buenos y lo que se pruebe - sobre todo, lo que se



intente probar- tampoco lo sea. Pero ellos y la prueba debieran serlo siempre, sin excepciones.

**Necesidades del Abogado.** El abogado, además de ser bueno, es necesario. Hay que concretar en qué consiste su bondad ya que son igualmente buenas dos personas que defienden con igual calor tesis contrarias. Cuesta trabajo percibir que esas defensas de tesis opuestas obedecen a puntos de vista también distintos o a cristales de color diferente. Pero lo cierto es que, precisamente en esa distinción de puntos de vista o en esa diferencia de colores, está la razón de ser de los abogados que se puede concretar diciendo que, mientras el juez debe ser imparcial, el abogado debe ser parcial. Carnelutti lo ha procurado explicar con claridad científica: el abogado representa la parte, el juez representa el todo, en el que se integran las partes y hasta llega a decirnos que no debemos asustarnos de las aparentes exageraciones. Está cumpliendo con su deber: el abogado debe ser parcial, correctamente, honestamente parcial.

Pocas veces, en un litigio, toda la razón está de una parte.

El abogado generalmente es correcto y siempre es necesario. Las leyes deben ser sencillas, si las hacen quienes conocen el derecho.

A la parte le corresponde ofrecer el hecho; del derecho puede y debe cuidar el juez. *Iura novit curia*. He dicho en muchas ocasiones que los abogados nunca discuten por cuestiones de derecho, sino de hechos, y que los pleitos de puro derecho se dan tan escasamente en la práctica que no valdría la pena de regularlos especialmente en los Códigos; aparte de que su trámite no sería distinto aunque faltaran en ellos los correspondientes preceptos. A la parte, al abogado, le incumbe la carga de exponer los hechos, explicarlos claramente. *Iura novit curia*. Abogado, pasad a los hechos: la Corte sabe el derecho. Y si la Corte sabe el derecho, ¿para qué el abogado? La necesidad nace de que lo difícil de la función que cumple el jurista, el profesional del derecho, no

ésta en hacer filigranas de interpretación sino en subsumir correctamente el hecho en la norma; en ofrecer aquél de tal manera que esa subsunción se efectúe en forma automática.

**Derecho.** Estoy seguro de que en la mente de mis oyentes la palabra derecho, suscita la idea de Ley; incluso la de esos conjuntos de leyes que se llaman Códigos. Es una definición empírica, pero provisionalmente podemos aceptarla: un conjunto de leyes que regulan la conducta de los hombres. Ya veremos cómo y por qué. Por lo demás es la definición predominante, hasta ahora, también en el campo de la ciencia.

Basta, sin embargo, una mínima experiencia para demostrar que a fabricar el derecho concurren también obreros no calificados; en efecto, las leyes se hacen en los parlamentos, y hoy los parlamentos, más todavía con el sufragio universal, no se componen únicamente de juristas.

Las leyes pues, están hechas, si no precisamente solo, por lo menos también, por los hombres que no han aprendido a hacerlas. Ahora bien, hay que agregar que el derecho cuando sale de la oficina legislativa, no es sin más un producto acabado; por el contrario, para que sirva al consumo, debe ser sometido a una elaboración ulterior. A la verdad, ¿qué es lo que hacen los jueces, sino algo que puede ser eficazmente equiparado al tejido de la lana hilada o cardada? Si bastasen las leyes, no habría necesidad de los jueces, ¿no es verdad? También los jueces pues, son obreros del derecho.

Entre el legislador y el juez la diferencia, aproximadamente, la intuyen todos: el primero forma las leyes, el segundo la aplica. Aplicar una ley quiere decir confrontarla con una situación de hecho a fin de saber qué es lo que se puede y lo que no se puede hacer. En otras palabras, el juez provee a terminar el producto semi-elaborado únicamente cuando los ciudadanos no consiguen hacerlo.

Si los juristas, pues, son los obreros calificados del derecho, no todo en derecho es obra de ellos. En efecto, muchos inconvenientes nacen, por ejemplo, en materia contractual, precisamente porque quienes concluyen contratos, ignoran las consecuencias que de ellos pueden seguirse.

Esta verdad se torna más evidente en el campo del derecho penal. Ya veremos que el Código Penal se hizo para conseguir que los ciudadanos se abstengan de ciertos actos que se consideran gravemente nocivos al bien común y realicen ciertos otros actos que son necesarios para ese mismo bien común. La ignorancia de la ley no excusa, o sea que un ciudadano, una vez que ha contravenido a un precepto penal, no puede excusarse diciendo que no lo conocía. Su conocimiento, pues, no puede menos deformar parte de la cultura común, de lo contrario habría necesidad de que cada uno de nosotros, en todo momento de la vida, tuviese a su lado un jurista a quien pedir consejo sobre si se podía o se debía hacer algo.

Todo ello quiere decir que si la instrucción jurídico superior debe reservarse a los juristas, no puede menos de impartirse a todos los ciudadanos una instrucción inferior. La posición es análoga en el campo del derecho y en el de la medicina: a los abogados y a los jueces se les llama, como a los médicos, cuando se declaran las enfermedades; pero a fin de que no se declaren, es necesario difundir en el pueblo conocimientos elementales de higiene. Después de todo, una cierta educación jurídica extendida a los no juristas, es un medio para combatir las dos plagas sociales que son la delincuencia y la litigiosidad.

Son actos económicos todos aquellos mediante los cuales tratan los hombres de satisfacer su necesidad. La palabra economía, que viene del griego, expresa hasta literalmente esta idea, puesto que oikos quiere decir casa; y la casa es un interés fundamental del hombre, y hasta de la sociedad, ya que suministra el ambiente dentro del cual la familia, que es la célula de la sociedad, puede

realizar el milagro, no tanto de la propagación de la especie, cuanto de la formación del individuo.

Las necesidades de los hombres son limitadas y los bienes son limitados. Desdichadamente los bienes, mientras satisfacen ciertas necesidades, estimulan otras. Para distinguir al hombre de los demás animales, acaso la fórmula más satisfactoria fuera decir que el hombre no está nunca contento. Cuando más tiene, más quisiera tener. Por eso es que los hombres, como las naciones hacen la guerra.

También la propiedad es un fenómeno económico, antes que jurídico. Es singular que él también, como la economía, diga relación a la casa; en latín la voz correspondiente a propiedad es *dominium*, y *dominium* viene de *domus*, que quiere decir casa, el hecho ha tomado algo que le sirve para satisfacer una necesidad, quiere retenerlo para sí: el esfuerzo para tomarlo se prolonga física entre el hombre y el bien, el cual queda retenido bajo su dominio, es decir, en la esfera sometida a su fuerza física. Se advierte, en ello una vinculación entre la casa y el cuerpo del hombre, que es lo que le pertenece antes que ninguna otra cosa.

La divisa de la economía es, por desgracia, *homo, homini lupus* (“el hombre para el hombre, un lobo”); el hombre económicamente, se comporta frente a otro hombre como un animal de presa. En vez de dejar a cada cual lo que haya logrado aprehender, el otro se ve tentado a arrebatárselo. La guerra no es en su raíz más que este acto de arrebatar. La invasión del dominio, en otras palabras. Los confines entre el haber de un hombre y el haber de otro hombre, en vez de ser respetados, se violan.

No hay que creer pues, que la guerra se combate únicamente entre pueblos y solo con las armas. A la guerra macroscópica corresponde la guerra microscópica. También en el hurto está la esencia de la guerra; y no sólo la rapiña, que es el hurto con violencia, sino también el hurto con destreza. La guerra, antes de combatirse entre pueblos, se combate entre individuos.

Pero si no se comienza por la economía, y por tanto no se desenvuelve el concepto de la guerra en toda su amplitud, no se comprende el derecho. Ahora bien, obsérvese que la guerra produce desorden, o mejor aún, es un desorden. Del orden, idea fundamental para comprender el mundo y la vida, basta hablar aquí en forma sencilla: hay desorden cuando las cosas no están en su sitio.

El secreto del derecho está precisamente en esto, que los hombres no pueden vivir en el caos. El orden les es tan necesario como el aire que respiran. Como la guerra se resuelve en el desorden, así el orden se resuelve en la paz. Los hombres se hacen la guerra, pero necesitan vivir en paz.

También el contrato, como la propiedad, es un fenómeno económico antes de ser jurídico. Al combatirse los hombres, advierten que tienen necesidad los unos de los otros. El hombre es esencialmente sociable; en otras palabras, hombre y sociedad son las dos caras de una misma medalla. Robinson Crusoe, es el fruto de la fantasía de un novelista; pero éste, por lo demás, le ha puesto al lado a Viernes, pues de lo contrario no hubiera podido hacer siquiera la novela. Necesidad de la paz y necesidad de los demás hombres son la misma cosa. Como el dominio, como la guerra, así también el tratado de paz es, por tanto, un producto de la economía pura.

Económicamente el contrato es la expresión de un equilibrio logrado por las fuerzas contrarias de los combatientes. En la lucha llega inevitablemente el punto muerto cuando alguno de los dos tiene la sensación de no poder obtener un resultado mejor del ya conseguido, de manera que seguir combatiendo redundaría en pura pérdida. Entonces los combatientes hacen la paz.

En el campo de la economía, por tanto, no hay nunca verdadera paz, la historia de la economía es toda una sucesión de luchas y de treguas; no es verdadera paz la pausa entre dos guerras.

La conclusión que hay sacar de ello es que la economía no basta para poner orden entre los hombres y satisfacer así lo que constituye la necesidad suprema del individuo y de la sociedad.

Si quisiéramos resumir en una breve fórmula las razones por las que los hombres no consiguen vivir en paz en el terreno de la economía, podría decir que la economía es el reinado del yo, es decir, del egoísmo. El de la economía es el terreno en el cual se encuentran los diversos egoísmos, de los hombres lo mismo que de los pueblos. Por eso, en sí y por sí, es el reinado del desorden.

Para poner orden en el caos económico y hacer de ese modo que los hombres vivan en paz, es necesario sustituir el egoísmo por el altruismo, el yo por el tú. Si la economía es el reino del yo, el reinado de tú es la moral. Kant ha hablado a este propósito del respeto; pero la fórmula cristiana, incomparablemente más clara y vigorosa, propone el amor al prójimo como solución del problema. Es evidente que si quien tiene, da espontáneamente a quien no tiene, amándolo como a sí mismo, y quien recibe se contenta con lo que se le da, porque responde él también con el amor, desaparece la guerra.

Es evidente, asimismo, que cuando de este modo se componen por amor los conflictos de intereses entre los hombres, no hay lugar ya al empleo de la fuerza para constreñirlos. Por eso la moral, como reinado que es del amor, es también el reinado de la libertad.

Todo esto es fácil de decir, pero cuando se trata de ponerlo en práctica, *hic sunt leones* (aquí hay leones). Cristo ha enseñado que el amor al prójimo y el amor a Dios se implican recíprocamente; y de ahí que el amor al prójimo sea la perfección del hombre; pero ¿Cuánto es lo que se necesita para ser perfecto? Amar al otro quiere decir identificarse con él; poner al otro en el mismo nivel que a sí mismo; y esto no puede menos de ser la meta de un recorrido, largo y duro, a la cual, salvo excepciones de ciertos caracteres privilegiados, los individuos, como los pueblos, no

pueden llegar sino mediante un lento proceso de toda la vida. ¿Y entre tanto?

La necesidad que ellos tienen de eliminar la guerra es inmediata. Es necesario, a cualquier costo, poner orden en el caos. Si el amor no germina todavía en la tierra, hay que encontrarle un sucedáneo.

Preciso es inventar algo que consiga, respecto de la economía, los mismos efectos que la moral. Y si no son los mismos, tener paciencia, con tal de que puedan aproximarse a ese subrogado de la moral y el derecho.

Todos comprenden que acaece así. Si quien tiene no da a quién no tiene, antes de que se encienda la guerra entre ellos es preferible que alguien guíe a quien tiene para darlo a quien no tiene.

No hay respuesta si no se parte del hecho de que los hombres son distintos: más o menos fuertes, más o menos jóvenes, más o menos inteligentes, más o menos hermosos, más o menos... y nunca es idéntica la medida del más y del menos. Hay entre ellos, incluso en las sociedades primitivas, individuos privilegiados. Y ellos ejercen naturalmente sobre los otros la función de jefe o de cabeza. La sociedad tiene una cabeza por la misma razón por la que la tiene el cuerpo humano. La sociedad no es que se asemeje a un organismo viviente; es un organismo viviente. La sociología es un capítulo de la biología. La cabeza, entre otras cosas, ve y oye, mira y escucha. Es singular el parentesco filológico entre *caput* y *capio* de donde viene nuestro cápite, captar o comprender. El jefe capta o comprende más que de los demás, mejor todavía, capta o comprende por los demás. Por la concordia las cosas mínimas crecen, por la discordia hasta las mayores se desbaratan. Si no hubiesen estado concordes y compactos, unos pueblos no hubieran podido imponerse a los demás.

Pero a fin de que los romanos se impusiesen a los demás pueblos, era necesario que alguien se impusiese a los romanos.

Puesto que estos no tenían en sí una dosis de moralidad suficiente para abstenerse espontáneamente de la guerra entre ellos, era necesaria una cabeza para que hiciesen por fuerza lo que no sabían hacer por amor.

Ante todo, un precepto, indicación de una conducta que hay que seguir, haz esto, no hagas aquello. Indicación que, si quién la da es un verdadero jefe, y como tal está previsto de autoridad, puede ya por sí sola persuadir a quien la recibe. Pero cuando se trata de sus intereses, y sobre todo de los referentes al haber, no es fácil que un hombre se preste al sacrificio de abstenerse de procurar su satisfacción o por lo menos de limitarla.

Por eso, el precepto, si puede bastar, no siempre basta, incluso las más de las veces no bastaría si no estuviese reforzado por una amenaza a la cual se da el nombre de sanción. Entonces pasa a ser un mandato: si haces lo que yo te prohíbo que hagas, serás castigado, y si no das lo que te he ordenado que des, te será quitado. La sanción introduce la fuerza en la noción del derecho porque naturalmente, en cuanto no se obedezca al precepto, necesita de la fuerza para ser puesta en acto. Este elemento de la fuerza constituye la verdadera diferencia entre el derecho y la moral; y de ahí la naturalidad de la moral. Por eso el derecho nace bajo el signo de la contradicción: se sirve de la guerra para combatir a la guerra. Para que el bandido no ataque al caminante, el carabinero ataca al bandido.

Pero si el carabinero distingue el derecho de la moral, el uniforme distingue al carabinero del bandido. El derecho es, pues, una combinación de fuerza y de justicia; y de ahí que en su emblema se encuentre la espada al lado de la balanza.

Nuestra Carta Magna regula y establece los Derechos individuales y sociales de la persona en su artículo 8. dentro de los cuales están:



1. *La Inviolabilidad de la Vida.*

2. *La seguridad individual.* No apremio corporal, nadie podrá ser reducido a prisión ni cohibido en su libertad sin orden motivada y dictada por funcionario competente, toda persona deber ser sometida a la autoridad judicial competente dentro de las 48 horas de su detención o puesta en libertad: el recurso de *Habeas Copus*. Nadie podrá ser juzgado dos veces por la misma causa, nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo, nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado, y sin que se cumpla el debido proceso además deber ser juzgado por un Juez imparcial.

También la constitución establece la inviolabilidad de domicilio, libertad tránsito, libertad de pensamiento, libertad de correspondencia, libertad de trabajo, libertad de empresa, libertad de propiedad, ... Nadie podrá ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedirsele lo que la ley no prohíbe.

Partiendo de lo más arriba expresado el judiciario o acusado tiene derecho a:

- a) Todo justiciable tiene derecho a ser juzgado por un juez imparcial; esto es, es titular de un derecho subjetivo a un juez imparcial.
- b) La Constitución prohíbe que persona alguna sea juzgada a un juicio parcial: que es la contrapartida forzada del derecho subjetivo que acaba de ser enunciado y que corresponde a la letra de la prohibición constitucional.
- c) Es inconstitucional cualquier juicio en que se viole esa prohibición, y como tal, es afectado por la nulidad pronunciada por el artículo 46 de la Ley sustantiva.

El código de Procedimiento Criminal, contiene una serie de normas que no se cumplen, como lo es la Policía Judicial; y hacemos notar que los estudiosos del Derecho o sus instituciones, lo ignoran, o no tienen el valor de reclamar su cumplimiento, contribuyendo a que la indignación pública continúe muda.

Lo peor, además de que por no enseñarse debidamente en las universidades el procedimiento criminal, contenido en dicho Código, no esté vigente la Policía Judicial en los últimos 32 años.

La Policía Judicial, cuya actuación debe reconocer, respetar, garantizar y proteger los derechos constitucionales y la seguridad jurídica de los ciudadanos, contenidos en un verdadero Estado de Derecho que aún adolecemos, debe ponerle fin al método trujillista de investigación de los delitos.

En el Código de Procedimiento Criminal en su artículo 8, se define el papel y el alcance de la Policía Judicial, que dice: “La Policía Judicial investiga los crímenes, delitos y contravenciones, reúnen sus pruebas, y entrega sus autores a los tribunales encargados de castigarlos”.

En el resto de sus artículo que van del 8 al 112, definen claramente el procedimiento legal que obliga a las autoridades a darle cumplimiento al artículo 8, numeral 2, letra J, de la Constitución que manda: “Nadie podrá ser juzgado sin haber sido oído o debidamente citado ni sin observancia de los procedimientos que establezca la ley para asegurar un juicio imparcial y el ejercicio del derecho de defensa”.

Esta observancia de los procedimientos que establezca la ley es llamada también, “El debido procedimiento de Ley”. Hace que la Policía Judicial como autoridad encargada de investigar los crímenes y delitos, deba cumplir la ley. Por eso toda autoridad constituida a toda persona, está obligada a participarle al fiscal, Director de la Policía Judicial en cada Distrito Judicial, todos los crímenes y delitos y entregarlo al fiscal (Arts. 41 y 106).

Por los artículos 32, 36 y 47, el Fiscal se transportará sin demora, al lugar del delito, realizará todo aquello que pueda servir para poner de manifiesto la verdad; y hará en dicho lugar las pesquisas de los objetos que juzgue útiles para la manifestación de la verdad (Artículos 35, 36 y 87).

Es de notar que el fiscal o Policía Judicial, debe extender acta en presencia del inculpado, que deberá firmar o se hará constar su negativa (Artículos 35, 37, 38, 39, 42 y 87).

Para reunir las pruebas, el fiscal podrá hacerse acompañar en sus diligencias de una o dos personas en razón de su profesión o arte. Esto es científico en criminología, para apreciar la naturaleza y las circunstancias del crimen o delito, también de uno o dos médicos o del cabeza de familia, (Artículos 42, 43, 44 y 46). De cumplirse estos procedimientos de ley, los indicios de culpabilidad o de descargo no se dispararían y durante el juicio, con el aporte de las pruebas se evitará el descargo de culpables o la condena de inocentes.

La práctica de proceder a arrestar para interrogar por supuestas investigaciones, por denuncias, querellas o sospechas, a acusados, testigos o familiares; haciéndolos declararse culpables en interrogatorios incomunicados, coercitivos, negadores del derecho al silencio, sin la asistencia de un abogado defensor, (artículo 8.º de la *Convención Interamericana de Derechos Humanos*) son violaciones al derecho de defensa; ya que los artículos 40 y 91 del Código de Procedimiento Criminal, señalan que aquel que tiene domicilio conocido no debe ser arrestado, por la simple denuncia o por querellas presentadas a los oficiales de policía (Artículo 64).

Por el artículo 47, la Policía Judicial, debe trabajar las 24 horas del día, ya que los crímenes y delitos ocurren en cualquier momento. Sea por denuncias, querellas, o cualquier otro medio, o por el clamor público, (Artículo 41) el fiscal está obligado a transportarse a los lugares y extender actas. Esto es lo que significa investigar, reunir pruebas y entregar los autores a los tribunales.

El Código de Procedimiento Criminal, consigna en su artículo 11 lo que se llama el Comisario de Policía, que proviene de la Policía Municipal, que fuera sustituida por Trujillo en 1935 por

la Policía Nacional para instaurar su tiranía, cuyos métodos todavía se aplican en el país, en violación del derecho de defensa, la democracia y el Estado de Derecho.

Los artículos del 48 al 54, del Código, hablan de los oficiales de policía auxiliares del fiscal; y entre ellos señala a los Comisarios de Policía, que recibirán las denuncias de crímenes y delitos. Pero esta actuación está sujeta a realizarse conforme a la competencia del fiscal (artículo 49), debiendo los auxiliares de policía, enviar sin demora dichas denuncias, actas, diligencias y querellas al fiscal que estará obligado a examinar los procedimientos sin dilación (artículos 51, 52, 53 y 64). Debido a que es la Policía Judicial la que está directamente encargada de comprobar sin dilación, las denuncias de crímenes, o delitos diversos (artículo 54), hacemos notar que el Código (artículo 53) habla de examinar, no como lo hacen en la práctica actualmente los fiscales, que actúan como inquisidores de la Edad Media. Beccaria en su libro *«De los Delitos y de las Penas»* de 1964, retrata con dos siglos de anticipación la realidad actual del Derecho Penal Dominicano.

Los jueces de instrucción forman parte también de la Policía Judicial, pero su actuación está subordinada en todo momento a la opinión del fiscal (Artículos 61, 70 y 64) debiendo además, para trasladarse a los lugares de los hechos ir siempre acompañado del fiscal y el secretario (Artículo 62).

Si estuviera operando conforme a un Estado de Derecho, la Policía Judicial, respetando el debido procedimiento de ley, y realizando las investigaciones, reuniendo las pruebas de convicción y descargo, es difícil que un inculpado sea descargado, reconociéndole su derecho a un juicio rápido (15 días, correccional, Ley 1014, 1935 y 30 días materia criminal, Ley 334, 24-12-25; Ley Resolución No. 739, Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, Gaceta Oficial No. 9460, 11 febrero 1978), pese a la libertad bajo fianza que pueda obtener.

Conforme al artículo 49 y de acuerdo al artículo 53, del código de Procedimiento Criminal, «los oficiales auxiliares de policía enviarán sin demora las denuncias, actas y demás diligencias», al fiscal, debiendo inmediatamente la Policía Judicial designar un ayudante del fiscal, quien podrá concurrir también al lugar del hecho, realizar todas las pesquisas, ocupar el cuerpo del delito, buscar todos los testigos de cargo, apoderar el tribunal correspondiente. Además, con las pruebas reunidas, comprobar personalmente las citaciones de lugar y subir con pleno dominio del proceso, a estrados, en representación de la sociedad, por ser el ayudante del fiscal que investigó el delito; así los juicios serán rápidos y los reenvíos serán mínimos o no los habrá.

Lo más importante es que la Policía Judicial, podrá proceder contra cualquier sospechoso de violar la ley penal, conduciendo una investigación previa, que podrá durar varios años, reuniendo pruebas para en el momento oportuno proceder al arresto y así no violar el derecho de defensa del sospechoso; como actualmente se hace, que se arresta primero para investigar y las pruebas se diluyen.

La sociedad se beneficia en su deseo de ver a los violadores de la ley penal castigados, pero observando que las propias autoridades actúan conforme a un gobierno civil, dentro de un Estado de Derecho, cumpliendo la ley y respetando las instituciones del Estado.

Así veremos que los funcionarios públicos no se harán reos de violación al artículo 188, del código Penal, que tipifica el abuso de autoridad contra la cosa pública, o, fuerza pública para impedir la ejecución de un auto o de mandamiento judicial, que ha emanado de una autoridad legítima, como son los jueces y fiscales, haciéndose culpables de ser condenados a la pena de reclusión.

El exquisito tacto que necesitan quienes ejercen una profesión tan valiente, pero al propio tiempo tan delicada, sólo puede perfeccionarse mediante el dominio de la Lógica.

El casi inadvertido paralelismo y consiguiente comparación de la proyección social de las dos grandes profesiones liberales que son el Derecho y la Medicina, tiene a fin de cuentas una sola discrepancia, precisamente de origen lógico, que arroja un saldo contrario que nuestra profesión: y es que ésta, por razón de su misma naturaleza, está sometida a la contradicción de los propios colegas. El médico que crítica la labor de otro médico, acaso pueda ser tildado de mal compañero; pero el letrado tiene siempre que ejercer una crítica negativa, tanto formal como de fondo, contra las aserciones y razonamientos expuestos por su colega, sin más paliativo que el noble respeto personal que merece el contrincante, que en eso también los letrados son maestros, de suerte que la abogacía, en ese aspecto puede reputarse, sin exageración, como escuela de la cortesía. El mismo punto de arranque de las respectivas actuaciones profesionales tiene un fundamento común en la lógica inductiva; el diagnóstico médico que va del hecho sintomático al hecho patológico y el dictamen del jurisconsulto, que procede del hecho indiciario al hecho jurídico.

La Medicina y la Abogacía constituyen las dos únicas profesiones auténticamente humanas, respectivamente representativas de las dos grandes ramas del saber en que se divide la universalidad de las ciencias: las ciencias propiamente dichas o ciencias exactas y de la naturaleza, las letras o ciencias de la cultura. Ambas están ordenadas a la protección del hombre en sus momentos de infortunio. Y ambas también participan del mismo trágico destino reflejado en la íntima conciencia de que jamás podrán ver lograda la definitiva realización de sus ideales. Al igual que los médicos frente a los estragos de las enfermedades, los juristas no pueden desmayar ante los embates de injusticia; y aunque ni

unos ni otros podrán ver jamás triunfo definitivo de la vida sobre la muerte, ni del derecho sobre la iniquidad, son y han de seguir siendo, los esforzados paladines encargados de defender hasta la última instancia la eterna causa de la vida y la justicia.

El abogado, en el ejercicio de su profesión, se encuentra solicitado por dos móviles, que no llamaremos contrarios pero sí muy diversos y hasta muchas veces divergentes: el de la verdad de la causa y el del interés de su cliente. El primero, de valoración lógica; el segundo, de ponderación ética. El tacto del abogado ha de consistir precisamente en seguir uno sin detrimento del otro; pues de no hacerlo así o haría ineficaz y hasta contraproducente su intervención en los asuntos, o su mente sería objeto de una deformación profesional, propensa fatalmente al escepticismo, que no es el mejor estado de ánimo para no caer en las prácticas sofistas, con el peligro, que ya hemos advertido en otra ocasión, de convertir la función facultativa de patrocinio de las causas en el vulgar oficio de curandero del Derecho. Por lo que a nosotros aquí interesa, es decir, por lo que atañe a la actitud del abogado respecto a la verdad de la causa, hemos de insistir en lo que ya dijimos antes de ahora en otro lugar, a saber, que no es un obstáculo a esa verdad, el afán polémico inherente a la práctica abogacial, pues aparte de que una cosa es la ciencia y otra el arte del Derecho, la parcialidad de los defensores, esto es, el tesón y porfía en sus argumentos, se supera por la imparcialidad y objetividad del juez. Y en todo caso, la serena discusión de la causa jamás es incompatible con la legitimidad de la argumentación ni con la lealtad que recíprocamente se deben los dos paladines que, bajo el árbitro judicial, contienden en el noble torneo forense. Y cuando el defensor acoge, por el motivo que fuere, una causa difícil o desesperada — los buenos abogados son para las malas causas— no falta a la verdad paliando hechos o tratando de excusar responsabilidades, puesto que su verdad —la verdad profesional— en tal supuesto estriba, en el principio de que nadie pue-

de ser privado del amparo de la defensa, que acaso constituye la más excelsa ejecutoria de la Toga.