

LA JURISDICCION COMO ATRIBUTO DE LA SOBERANIA.
 EL DERECHO DE APELACION EN ULTIMA INSTANCIA O
 "JUS IN EXTREMA PROVOCATIONE" Y LA CONCESION
 DE LA GRACIA EN EL ESTADO MODERNO

MARCO ANTONIO HUESBE LLANOS*
 Universidad Católica de Valparaíso

1. *La Administración de Justicia como derecho del poder soberano*

La convivencia pacífica de la comunidad se logra en la medida en que ella es posible mediante la sustitución de la violencia por la acción jurisdiccional que, en términos generales, faculta a su titular para recurrir a un tribunal en demanda de una decisión, reemplazándose así la fuerza como medio de solucionar un conflicto por el proceso.

El conflicto es inherente a la naturaleza del ser humano, pues cada vez que dos o más personas forman una comunidad e incluso en materia de relaciones entre Estados, surgen a menudo diferencias o desacuerdos que generan el conflicto, que podría definirse según Francesco Carnelutti como la resistencia de una parte a la pretensión de otra¹

Por ende, la solución de los desacuerdos ha sido desde antiguo preocupación especial de legisladores y gobernantes, responsables de mantener el orden social. Así, en toda sociedad civilizada se ha producido el uso de la fuerza y el que *por mano propia* se produzca la solución a los conflictos (autotutela). El modo civilizado se resume en dos fórmulas: la autocomposición, esto es, el acuerdo directo de las partes; y el proceso, mediante el cual el Estado en forma tiene a cargo el dirimir imparcialmente las diferencias entre sus miembros.

La actividad encaminada a la solución de los conflictos por parte del Estado recibe el nombre de *Jurisdicción*, proveniente del latín *Jus discere*, esto es, pro-

* Esta investigación ha sido posible gracias al financiamiento otorgado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDECYT) y presentado como ponencia al XXV Congreso Nacional de Derecho Público, celebrado en la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso.

¹ Vs. CARNELUTTI, Francesco. *Estudios de Derecho Procesal* (Traducción Santiago Sentis Melendo, Colección la Ciencia del Proceso Ns. 19-20. Ediciones Jurídicas Europa América Latina, Buenos Aires 1952), pág. 45.

nunciar o decir el derecho. Así, los romanos acuñaron la frase *jurisdictio non intellegitur dictio sive potestas juris condendi, sed juris dicendi*. Entonces desde el punto de vista etimológico la jurisdicción es la declaración (*dicere*) del derecho (*jus*) al juicio (*judicium*).

La actividad jurisdiccional, desde antiguo, estuvo en mano de los gobernantes, quienes, a su vez, nombraban magistrados delegados para que *establecieran el derecho* para las distintas controversias. Sin embargo, no siempre las soluciones encontradas por los magistrados delegados agradaban a ambas partes o a una de ellas; por esto se requirió establecer *grados* dentro de la actividad jurisdiccional, a través de los cuales un asunto ya visto por un magistrado pudiera ser revisado por otra autoridad en lo judicial a fin de establecer definitivamente el derecho aplicable y que con potestad soberana dijera la última palabra en materia de derecho; surge así el sistema de doble instancia, doble grado o doble vista de un asunto sometido a la decisión de la autoridad.

En Roma existía el llamado *jus provocationis*, por el cual un ciudadano cualquiera que se sintiera atropellado en sus derechos por una autoridad podía impetrar el auxilio o protección de los tribunos o pretores, quienes como magistrados supremos debían arbitrar las medidas tendientes a proteger al individuo afectado².

En este contexto podemos ya tener alguna idea de la necesidad e importancia del derecho de apelación como atributo del poder soberano, pues patente es que todo conflicto implica una distorsión en la sociedad o comunidad y el bien común urge la solución definitiva por las autoridades más competentes y con mayor prestigio que eviten la prolongación de las disensiones en el seno social.

Sobre la facultad de Administrar justicia, Juan Bodino en su obra *Los Seis Libros de la República*, señala que *...para la conservación de las repúblicas es muy importante que quienes ostentan la soberanía administren por sí mismos la justicia, puesto que la unión y amistad entre príncipes y súbditos se nutre y conserva por la comunicación entre unos y otros, en tanto que se debilita y desaparece cuando los príncipes hacen todo por medio de oficiales. En tal caso, los súbditos se sienten desdeñados y menospreciados, lo que les parece más grave que una injusticia cometida por el príncipe*³.

Por el contrario, dice Bodino, cuando los súbditos ven al príncipe que comparece ante ellos para hacerles justicia, aunque no consigan lo que pretenden, quedan satisfechos en parte, porque, al menos, dicen, *el rey ha visto su demanda, ha oído su pleito y se ha molestado en juzgarlo*⁴.

Juan Bodino manifiesta su enorme entusiasmo ante el hecho que el príncipe

² Vs. Alvaro D'ORS. *Elementos de Derecho Romano* (Pamplona 1960); especialmente cuando se refiere al *jus provocatione*.

³ Vs. BODINO, Juan. *Los Seis Libros de la República* (Traducción y selección de Pedro Bravo) Editorial Aguilar, Madrid 1973, cap. VI, lib. IV págs. 154-155. Nosotros utilizamos la edición Francesa *Les Six Livres de la República* de I. BODIN ANGEVIN, editada por Chez Jacques du Puys, París 1577 para confrontar la traducción de Pedro Bravo.

⁴ Vs. BODINO (n. 3) *ibid*.

esté presente personalmente ante los súbditos para hacer efectivo su oficio más particular que es el hacer justicia... *es asombroso cuánto satisface y complace al súbdito ser visto, oído y entendido por su rey, con poco que este sea virtuoso y tratable*⁵. Por otra parte, no existe expediente mejor para comunicar la autoridad a sus magistrados y oficiales y hacer temer y respetar la justicia que el espectáculo de un rey que juzga desde su trono. Justicia que es ejercida por quienes representan indirectamente al soberano no siempre tiene la virtud de ejercerse con rectitud e integridad. Así, Bodino declara que...*muchas veces los oficiales son injustos con los súbditos por atenerse a las cláusulas, palabras y sílabas de la ley, que no osan franquear... Si quien juzga es el príncipe, que es la ley viva y está por encima de todas las leyes civiles..., hará justicia buena y expeditiva, yendo derecho al fondo de las cosas, sin pararse en las formalidades*⁶. Por ello, para Bodino, es preferible que el propio monarca ejerza la judicatura en forma directa, no obstante ello es materialmente imposible dado que el número de causas interpuestas agobiarían al príncipe y le distraerían de otras labores de Estado. Por ello siempre se requerirá de jueces delegados y oficiales que a nombre del rey ejecuten justicia. Esta especialización del poder judicial arranca ya desde la Roma republicana. Así, aunque en Roma había jueces que eran los comicios, el Senado, los pretores, cónsules, al principio de nuestra era estuvo la administración de Justicia en manos de los Emperadores. De ahí es que los súbditos acudieran al emperador de todas partes del Imperio en demanda de justicia, amparo y favor, valiéndose de esta circunstancia los Emperadores para amparar a sus favoritos y hostilizar a sus adversarios⁷.

Las atribuciones del Emperador eran ilimitadas. Este resumía en sí todos los poderes y sólo confiaba a otras manos lo que tenía por conveniente; ya en la época del Imperio romano, el Emperador tuvo el derecho a declarar la guerra, la paz, decretar la fuente del derecho que por su voluntad concentró en sí el poder judicial, teniendo las facultades de revisar las sentencias de los jueces establecidos y tuvo también la potestad de nombrar a todos los magistrados existentes en el Imperio.

Incluso, cuando el emperador visitaba algunas partes de su jurisdicción quedaban en suspenso las facultades de los demás magistrados, pues el propio emperador administraba justicia en las plazas públicas y palacios. Lo mismo señala Bodino, pues refiere: *...en presencia del soberano, cesa todo el poder de los magistrados y comisarios y quedan sin ningún poder de mando sobre el súbdito y sobre los demás magistrados... Así, vemos que quien habla en nombre del príncipe soberano, sea en el consejo privado, en la corte suprema o en las*

5 Vs. BODINO (n. 3) *ibid.*

6 Vs. BODINO (n. 3) *ibid.*

7 Vs. BODINO (n. 3) *ibid.*: Vs. tb. ARNISAËUS, *De jure majestatis libri tres*, en *Opera Omnia* (Strasburgo 1648), lib. 2, cap. 3 pág. 309, especialmente remítase al cap. *ius condendi legibus*; tb. en *De República*, cuando se refiere a las atribuciones del Emperador del Sacro Imperio Germano. Aquí cita la conocida sentencia de la glosa *Sobald der König Kommt hören die Gerichte aus*. Este principio lo extrae del derecho feudal que supone al príncipe el ejercicio de la justicia como su tarea esencial de gobierno.

*asambleas, dice poniéndose a sus pies, estas palabras: el rey os dice...*⁸ Debido al enorme aumento de las atribuciones del Emperador, y especialmente las judiciales, se vio éste obligado a rodearse de un consejo que discutía los asuntos sometidos a su conocimiento, bajo la presidencia del Emperador o su representante. Este consejo se denominó *Concilium principis* al cual los emperadores dieron jurisdicción para que fallaran recursos en su representación y en su nombre. También el monarca nombraba ciertos funcionarios llamados correctores, para que en su representación reprimieran los abusos de los jueces locales.

Esta delegación de la justicia imperial produce gran mejoramiento en la administración de la justicia y surte efecto de gran trascendencia en la marcha del Estado; pues, junto con formarse un personal más o menos técnico de jueces, originó los tribunales superiores de justicia⁹.

El punto de partida del debate en torno a la *jurisdictio* fue Ulpiano, quien expone la definición de este concepto que dará origen a una prolongada discusión en el derecho medieval y posteriormente moderno. Ulpiano define la jurisdicción como el *Imperium aut merum aut mixtum est, merum est imperium habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam potestas appellatur; mixtum est imperium, cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit, iurisdictio est etiam iudicis dandi licentia*¹⁰.

En el derecho moderno los conceptos de *merum* (o derecho penal) y *mixtum* (o derecho a dictar sentencia en los conflictos civiles) fueron considerados como sinónimos en el ámbito de la legislación en el Estado Territorial. Aquel que poseía el mero y mixto imperio, poseía la potestad plena, es decir, la superioridad jurisdiccional territorial. Por esta causa, el derecho a dictar leyes, a pronunciarse sobre las sentencias o la propiedad de la potestad suprema fue considerada como *maiestas* o soberanía. Junto con la noción romana de *jurisdictio* se generó el principio jurídico-institucional de regalía. Este último término proviene -según Bodino- del derecho feudal de los Francos y de los Lombardos, en donde observamos que el derecho sobre la moneda, de aranceles, de construcción de fortalezas, de caza, el derecho sobre los bienes del suelo, la protección de los mercados, de fijar multas, constituirán, con el tiempo, los fundamentos de los derechos territoriales modernos. Esta doctrina la recoge el autor alemán Henning Arnisaeus (ca. 1575-1636), quien propone que los derechos provenientes de las regalías, que divide en derechos mayores y derechos menores, constituyen plena jurisdicción y en su conjunto dan lugar a la soberanía. Respecto a este problema, se suscita la controversia para dar respuesta a la pregunta ¿quién

⁸ Vs. BODINO (n. 3) L. III cap. VI, pág. 125.

⁹ Vs. MARTINEZ, V, A. *Del Recurso de Apelación*. (Concepción 1924), págs. 9-10. Vs. tb. la importante obra de Alamiro DE AVILA MARTEL *Esquema del derecho penal indiano*. (Santiago de Chile 1941), pág. 31-44.

¹⁰ Vs. Dig. 2.1.3. En Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlich. en Rechts in Deutschland*. Erster Band 1600-1800 (Verlag C.H. Beck), pág. 156 vs. Adam FREISPACH, *De Jurisdictione* (Mainz 1613).

debía determinar el más alto tribunal de apelación al interior del imperio? Como es sabido, para este efecto, existían simultáneamente el *Reichskammergericht* y el *Reichshofrat*. Una vez producida la Reforma protestante, los católicos se inclinan por solicitar al Reichshofrat, ubicado en Viena, la última apelación. Los protestantes, en cambio, derivan sus conflictos primordialmente al Reichskammergericht. Henning Arnisaeus, profesor de Helmstedt se inclina por proponer un régimen político de carácter mixto con el propósito de hacer viable el régimen jurídico del Imperio y los intereses de los señores territoriales y lograr así superar la drástica proposición de Bodino que considera que la soberanía tiene una configuración absolutamente vertical, y en consecuencia respecto al derecho de apelación en última instancia sólo le corresponde al príncipe territorial y no al Emperador; este último ostenta su autoridad *propter dignitatem* pero no *propter potestatem*, es decir, sólo como rango honorífico y no político. Esta proposición de Arnisaeus dificulta una solución del todo limpia en relación a la jurisdicción tal como lo propone Bodino. Sin embargo, para los teóricos del Sacro Imperio Germano era bastante difícil asumir una posición tan nítida como la propuesta por el angevino. Ellos debían conciliar los intereses de los estados territoriales al interior del Imperio con los intereses del Emperador como portadores de la soberanía simultáneamente: es decir, una especie de doble soberanía. Asunto que resulta intolerable para la noción estricta de soberanía que no tolera a nadie sobre sí y, además, pretende someter a todos a una sola obediencia. Esto es, unicidad en el mando, en tanto que éste es uno e indivisible. La solución de este problema histórico-jurídico es muy importante para el proceso de desconcentración del ejercicio del poder a partir del comienzo del Estado Moderno, pero no ayudaba suficientemente a la tendencia absolutista de la soberanía propuesta por Juan Bodino y acogida con gran entusiasmo por los teóricos y príncipes territoriales europeos. Por esta razón, la *superioritas territoriales* también va a tener acogida al interior del Imperio con el propósito de analogar la posición jurídica de los príncipes territoriales. La consolidación de esta idea de la soberanía es especialmente importante cuando los príncipes europeos se ven enfrentados con los acuerdos y tratados durante las negociaciones que dan origen a la Paz de Westfalia (1648)¹¹ que consagra el ejercicio de la jurisdicción de los gobernantes europeos respectivos y el reconocimiento de la independencia definitiva del estado moderno, asunto que tendrá una gran relevancia también en el ámbito del derecho interestatal¹².

Thomas Hobbes en su obra *El Leviatán* señala por su parte: *...es inherente a la soberanía el derecho de judicatura, es decir, de oír y decidir todas las controversias que puedan surgir respecto a la ley, bien sea civil o natural, en*

¹¹ Vs. Karl Otmar VON ARETIN *Das Reich, Friedensgarantie und europäisches Gleichgewicht 1648-1806*. (Verlag Klett Cotta, Stuttgart 1986), págs. 55-ss.

¹² Vs. ARETIN (n. 11), págs. 61-75. También M. A. HUESBE LLANOS, *El Derecho de declarar la guerra y concertar la paz en el estado moderno. Tratados y alianzas en el derecho de protección*, en REHJ. 15 (Universidad Católica de Valparaíso. 1992-1993), págs. 57 ss.

*relación a los hechos. En efecto, sin decisión de las controversias no existe protección para un súbdito contra las injurias de otro; las leyes concernientes a lo meum y tuum son en vano; y a cada hombre compete, por el apetito natural y necesario de su propia conservación, el derecho de proteger a sí mismo con su fuerza, el cual ha instituido todo Estado*¹³. Hobbes, de acuerdo a su planteamiento en cuanto a lo práctico del Estado, establece que éste ha surgido para proporcionar seguridad a quienes lo conforman y de ese modo terminar con el estado de *guerra permanente de todos contra todos*, y ese es el sentido del pacto o contrato originario y creador del Estado, por el cual los sujetos renuncian a una importante cuota de autodeterminación para cederla a este ente artificial que es el Estado¹⁴.

Por ello es evidente que para Hobbes la jurisdicción, que podríamos de manera tentativa definir como la facultad de solucionar conflictos por una vía civilizada es consustancial a la soberanía¹⁵.

De lo anteriormente dicho aparece claro que el titular de la jurisdicción es el monarca y por ende el rey es juez originalmente. Esta figura jurídica se mantuvo vigente desde la época antigua hasta nuestro tiempo. Tal como hemos dicho, fue preciso delegar funciones en oficiales y funcionarios para descongestionar la administración real. Así el mismo Hobbes expresa: *Aquellos a quienes se da jurisdicción son ministros públicos, porque en los lugares donde administran justicia representan a la persona del soberano; y su sentencia es la sentencia de este último, porque (como hemos manifestado) toda la judicatura va esencialmente aneja a la soberanía, y, por tanto, todos los demás jueces no son sino ministros de aquel o de aquellos que tienen el poder soberano. Y del mismo modo que las controversias son de dos clases, a saber: de hecho y de derecho, así también los juicios son algunos de hecho y otro de derecho, y, por consiguiente, en la misma controversia puede haber dos jueces, uno de hecho y otro de derecho*¹⁶.

La jurisdicción debe ser entendida como originaria del poder real. Según una definición amplia de jurisdicción ésta puede ser definida como el poder o autoridad que tiene alguno para gobernar y poner en ejecución las leyes y, especialmente, la potestad de que hayan investidos los jueces para administrar justicia¹⁷.

¹³ Vs. HOBBS, Thomas. *El Leviatan. O la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*. (Traducción y prefacio de Manuel Sánchez Sarto, Editorial Fondo de Cultura Económica, México 1940), parte II, cap. 18, pág. 147.

¹⁴ Vs. HOBBS (n. 13) part. II, cap. 17.

¹⁵ Vs. HOBBS (n. 13) part. II cap. 18.

¹⁶ Vs. HOBBS, Thomas. Parte II, cap. 23, pág. 201. Al respecto es interesante la proposición de Hobbes respecto a dos clases de jueces: uno abogado a los hechos y otro al derecho. Podría hacerse un símil con los llamados 'jueces instructores o substanciadores' y 'los jueces sentenciadores' que contemplan algunos actuales ordenamientos procesales penales que lamentablemente son inaplicables en nuestro país.

¹⁷ Cf. ESCRICHE. *Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia* (Editorial Martell, Barcelona 1954), pág. 234.

Desde el punto de vista más restringido el profesor Juan Colombo define a la jurisdicción como la potestad pública de conocer los asuntos civiles y criminales y de sentenciarlos con arreglo a las leyes¹⁸.

Podemos decir que el ejercicio de la jurisdicción por parte del soberano fue justificado desde el punto de vista teórico y práctico en la primera etapa del Estado Moderno, cuando aún no se esbozaba el esquema de separación clásico de los tres poderes que debemos a Montesquieu, quien en el Libro XI, cap. VI de su obra *El Espíritu de las Leyes*, señala que el surgimiento de una justicia es inseparable con el advenimiento del Estado constitucional.

Según Montesquieu, la sentencia de derecho estuvo durante siglos indisolublemente ligada a la voluntad del señor que ejercía el poder. Este no sólo declaraba el derecho sino que también declaraba las reglas para su aplicación, de modo que se supiera servir de él, y de esta forma perpetuar las relaciones de poder en todos los niveles sociales. Ellos hasta llegaron a elegir aquellos que debían intervenir para solucionar los conflictos, en caso que existieran intereses jurídicos lesionados. Esto fue válido tanto para el poder temporal como para el poder eclesiástico. La inseparable relación del derecho con el poder condujo a una simbiosis de la justicia y la política. En la Edad Media, la sentencia de derecho fue una proyección del brazo del señor para manifestar su poderío y ejercer su rol en tanto que el Estado y la sociedad obedecían su existencia a un poder querido por Dios. Aun cuando la época medieval conoció el dualismo Estado-Iglesia, sin embargo, el poder temporal como el eclesiástico, derivaron siempre su autoridad y legitimación a partir de los mismos textos bíblicos. Todo sucede según la voluntad de Dios. Aun hoy día, la Iglesia Católica no reconoce del todo la separación de ambos poderes, y su existencia es vista como algo extraño a su orden jerárquico y al concepto de jurisdicción medieval¹⁹.

El esfuerzo por racionalizar el ejercicio de la justicia es algo propio del mundo moderno. Con el desplome de la sociedad feudal y el fin de la unidad de la fe y la pretendida igualdad de los hombres defendida por el *ius naturalismo*, se inicia el rechazo a la noción de un derecho subjetivo que favorece la tendencia al privilegio. El derecho será aplicado con justicia.

La jurisprudencia adquiere una importancia relevante y se libera de los supuestos teológicos, y la razón determina cada vez más y más la relación entre el derecho y el soberano. Los hombres creen menos en la racionalidad del juicio emitido por funcionarios sometidos a un solo poder. Montesquieu interpreta con una claridad meridiana la fórmula necesaria para dar a la justicia la independencia que requiere, al declarar en su obra *il n'y a point encore de liberté, si la*

¹⁸ Cf. COLOMBO, Juan. *La Jurisdicción y el Acto Jurídico Procesal* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1980), pág. 24.

¹⁹ Vs. M. A. HUESBE LLANOS, *Iglesia y Estado: Ius in res sacras en: Revista Chilena de Derecho* (Facultad de Derecho. Pontificia Universidad Católica de Chile), pág. 271-291, Vol. 20, tomo I, Santiago 1993. En este trabajo se analiza la relación Iglesia-Estado desde la aparición del cristianismo hasta la época moderna. Luego se exponen las ideas de Maquiavelo, Bodino, Ribadeneyra y Henning Arnisaeus relacionadas con los principios de confesionalidad y tolerancia religiosa.

*puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de la puissance exécutive*²⁰.

Montesquieu comentando el orden constitucional inglés en su obra *El espíritu de las leyes*, señala que: *Así sucede también cuando el poder judicial no está separado del poder legislativo y ejecutivo. Estando unido al primero, el imperio sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, por ser uno mismo el juez y el legislador y, estando unido al segundo, sería tiránico, por cuanto gozaría el juez de la fuerza misma que un agresor. En el Estado, agrega Montesquieu, en que un hombre solo o una sola corporación de próceres, o de nobles, o del pueblo administrase los tres poderes, y tuviese la facultad de hacer las leyes, de ejecutar las resoluciones públicas y de juzgar los crímenes y contiendas de los particulares, todo se perdería enteramente*²¹.

Sin embargo, el presente trabajo se centra en la primera etapa del pensamiento moderno, por lo que dentro de la historia de las Ideas trataremos en especial a Bodino, Covarrubias, Arnisaeus y autores coetáneos a él, reservando para una próxima etapa de esta investigación a autores como Montesquieu y otros.

2. *El derecho de apelación en última instancia como derecho de la majestad*

Etimológicamente la palabra apelación deriva de la voz latina *appellatio* que significa citación o llamamiento. Este llamamiento que se hace a un superior tiene por objeto lograr que este último, con arreglo a derecho, enmiende la resolución de un magistrado anterior. En la terminología clásica, el inferior recibe el nombre de *tribunal a quo* y el superior *tribunal ad quem*.

Las Siete Partidas definen la apelación como *aquella querella que una de las partes faze, de juyzio que fuese dado contra ella llamando, e corriendose a enmienda de mayor juez; e tiene pro el Alçada cuando fecha derechamente, porque por ella se desatan agravimientos que los Juezes fazen a las partes tortizeramente, o por non lo entender*²².

La naturaleza del recurso de apelación se encuentra a nuestro juicio en la esencia humana misma o psicología, pues toda persona que se siente agraviada o perjudicada por una solución que estima injusta, querrá rebelarse o alzarse en contra de esta resolución.

El objetivo de la apelación será, por tanto, obtener la reparación de los errores o injusticias que puedan cometer las autoridades inferiores, con el fin de obtener una mejor administración de la justicia.

²⁰ Charles DE SECONDAT, Barón DE MONTESQUIEU, *De L'Esprit des Lois*, Libro XI, cap. VI.

²¹ Vs. MONTESQUIEU, *El espíritu de las Leyes*, en: ARTOLA, M. *Textos fundamentales para la historia*, pág. 469.

²² Vs. Tercera Partida, Título XXIII, Ley I, Nosotros utilizamos *Las Siete Partidas* del muy noble rey don Alfonso el Sabio, glosadas por el lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias, editada por la Compañía General de Impresores del Reino, Madrid 1844.

Históricamente la apelación fue el primer recurso que nace a la vida jurídica y por ello actualmente está calificado como un recurso ordinario, puesto que es de aquellos que la ley admite por regla general y en contra de toda clase de resoluciones judiciales, a diferencia de los recursos extraordinarios que son aquellos que la ley admite de manera excepcional, contra cierto tipo de resoluciones y por las causales que ella misma establece.

Al respecto Juan Bodino entiende que el derecho de última instancia constituye y siempre ha constituido uno de los principales derechos de la soberanía. Bodino hace un recuento histórico desde los tiempos republicanos de Roma, cuando fueron desterrados los reyes después de 509 a.C. mediante la *Lex Valeria*, reservándose el pueblo el derecho de última instancia y el recurso contra todos los magistrados (*jus in extrema provocacione*). Este derecho fue reafirmado por la *Lex Duilia* que estableció la pena de muerte para los magistrados que denegaban el derecho de última instancia ante el pueblo, pues los cónsules contravenían frecuentemente este derecho. Incluso Bodino recuerda, citando a Tito Livio, el caso en que el Senado Romano ordenó sitiar, aprisionar y conducir a Roma la legión que guarnecía Regio, condenando a los sobrevivientes a azotes y decapitación sin tomar en cuenta la apelación interpuesta por ellos ante el pueblo, ni la oposición de los tribunos que alegaban que los derechos y leyes sagradas estaban siendo pisoteadas. El derecho del Senado para juzgar sin apelación fue concedido oficialmente por el emperador Adriano varios siglos después²³.

Por ello, el célebre jurista francés señala que el derecho para juzgar en última instancia es inherente a la soberanía, y en toda república existen cortes y parlamentos que juzgan sin apelación: así los ocho parlamentos de Francia, las cuatro cortes de España, la Cámara Imperial de Alemania, el Consejo de Nápoles, los Cuarenta de Venecia, la Rota de Roma y el Senado de Milán, se encuentran en tal situación. No obstante Bodino señala que quienes ejercen la apelación la hacen ante el rey o emperador, quienes reenvían las causas a los jueces designados por ellos; la demanda se dirige en realidad contra el príncipe soberano; por ello Bodino responde a sus objetadores que los jueces actúan como lugartenientes del rey, y que la última instancia comprende tanto el recurso de apelación, como el de casación²⁴.

Incluso Bodino llega aún más allá y señala que aun cuando los príncipes prohibieron por edicto los recursos de apelación y reposición contra las sentencias de los magistrados, dichos recursos serían siempre admisibles y por lo tanto dichos edictos serían nulos, ya que el príncipe no puede atarse de manos, ni privar a los súbditos de las vías de restitución, súplica o demanda. Otro punto al cual nos referimos más tarde es el llamado *derecho de gracia o a indultar*, el que aparece también íntimamente ligado a la soberanía según Juan Bodino²⁵.

Hobbes concuerda con Bodino en cuanto al carácter privativo del soberano

23 Vs. BODINO (n. 3), pág. 78 ss.

24 Vs. BODINO (n. 3), ibib.

25 Vs. BODINO (n. 3), págs. 80-81.

en lo referido a la última instancia, pues señala: *En segundo lugar, si se apela a otro juez, no puede ya seguir apelando, porque su apelación fue decidida por él. En tercer término, si se apela al soberano, y éste, por sí propio o por delegados admitidos por las partes, pronuncia sentencia, esta sentencia es final (última instancia), porque el acusado es juzgado por sus propios jueces, es decir, por sí mismo*²⁶.

Nos parece interesante que Bodino distinga dentro del derecho de última instancia a los recursos de apelación y de casación: así mientras la apelación persigue que el agraviado por una resolución judicial obtenga de un tribunal superior la revocación o modificación de esa resolución. En cambio, según el profesor Mario Casarino, el recurso de casación persigue que la parte agraviada por determinadas resoluciones judiciales, pueda obtener la anulación de éstas cuando han sido pronunciadas con omisión de los requisitos legales formales o de fondo contenidos en esa resolución²⁷. Casación deriva del vocablo latino *Cassare* que significa quebrar, romper o anular. Aunque ambos recursos difieren en forma substancial.

Así, mientras en el conocimiento de la apelación el soberano revisa los antecedentes de hecho y de derecho de la causa sometida a su conocimiento (lo que caracteriza en términos procesales estrictos a la instancia). En el recurso de casación en cambio sólo se ocupa de los antecedentes jurídicos o el derecho aplicado (por lo que en términos restringidos o técnicos no sería instancia), revisando si las disposiciones legales han sido bien aplicadas o no. En este último recurso vemos como el rey para el caso histórico analizado actúa como 'el supremo interprete y aplicador del derecho'²⁸.

En el mundo hispánico este recurso se instituyó aunque no de una manera estable en *Las Siete Partidas* de Alfonso X El Sabio, quien a mediados del siglo XIII dictó este célebre ordenamiento. En la partida Tercera encontramos causales para obtener la anulación o invalidación de una sentencia por causales de infracción legal, entre ellas el defecto de jurisdicción, la falta de citación o la discordancia entre lo pedido y la sentencia, o bien, causales tan curiosas como que el juez no estuviera sentado al dictar sentencia. Sin embargo, se estimó que esta regulación del recurso de nulidad por simples cuestiones formales producía grandes dilaciones perjudiciales para la administración de justicia. En las Cortes de Alcalá en 1348 se aprobó una ley que interpretada en su sentido literal podía dar fin con toda la regulación procedimental y privar de razón de ser el recurso de nulidad o de casación. Se dispuso por estas Cortes que aunque en los procesos faltasen algunas *solepnidades e sustancia de los juycios, si la demanda estaba clara et seyendo fallaba provada la verdat del fecho por el proceso del*

²⁶ Vs. HOBBS, Thomas. Parte II, cap. 23, pág. 201.

²⁷ Cf. CASARINO, Mario, *Manual de Derecho Procesal* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1980), vol. IV, pág. 271.

²⁸ Vs. CASARINO (n. 27), pág. 271 ss.

*pleito sobre que se pueda dar cierta sentencia, los procesos y las sentencias así pronunciadas deberían darse por válidos*²⁹.

Sin embargo se mantuvo el recurso de nulidad para los graves defectos formales en las sentencias y las infracciones a la ley de fondo aplicada en la causa³⁰.

El ordenamiento de Alcalá establece que el plazo para interponer el recurso de nulidad será de sesenta días contados desde la notificación de la sentencia, no impidiendo su interposición que se suspendiera la ejecución de la sentencia, salvo cuando el defecto fuere muy grave³¹.

Por este carácter excepcional del recurso de nulidad o de casación se clasifica a este recurso como extraordinario a diferencia de la apelación que es un recurso ordinario, tal como lo hemos consignado.

Según Diego de Covarrubias y Leyva, la jurisdicción suprema del Rey, que este jurista llama *Mayoría*, la cual en nombre del Rey, ejerce las audiencias supremas³² en ningún caso se puede juzgar comunicada a otro, como lo señala el mismo Covarrubias cuando expresa que los derechos mayores de la majestad no pueden ser traspasados al pueblo: *mayoría ad populum non transit*³³ y agrega que aun cuando el rey para premiar hazañas gloriosas en la paz o en la guerra, o por cualquier otro motivo, en compensación de los servicios hechos a la república pueda conceder a los nobles ciudades, villas o castillos, conjuntamente con la jurisdicción y el mero y mixto imperio para ejercerlos en extensísimos territorios, no puede transmitir a nadie aquella jurisdicción, que es la máxima que posee el rey, en virtud de la cual se elevan a él las quejas, llamamientos y apelaciones de los jueces inferiores, y de otras causas por las que se recurre al rey como a padre supremo de la república³⁴.

Añade Covarrubias que esta es una prerrogativa esencial al supremo principado. Aún más señala que *es imposible que por ninguna prescripción ni costumbre, pueda ningún súbdito adquirir el derecho de que no se apele de él al príncipe supremo bajo cuyo dominio se encuentra*³⁵.

Covarrubias se apoya en Las Siete Partidas con el objeto de definir el concepto de mero imperio, de tal modo que, según el texto célebre del derecho real, esta jurisdicción suprema no pueda por ningún modo ser enajenada por el rey, es

²⁹ Cf. Cortes de Alcalá (1348) en: ALONSO ROMERO, María. *El proceso penal en Castilla* (Ediciones Universitarias de Salamanca, Salamanca 1982), págs. 280-281.

³⁰ Vs. ALONSO (n. 29), *ibid*.

³¹ Vs. ALONSO (n. 29), *ibid*.

³² Vs. DIEGO DE COVARRUBIAS Y LEYVA, *Cuestiones Prácticas*, Vol. I, cap. IV, pág. 26 (Salamanca 1572), en *Textos jurídico-políticos* (Selección y Prólogo de Manuel Fraga Iribarne, Traducción de Atiliano Rico Seco) (Instituto de Estudios Políticos. Madrid 1957), pág. 298.

³³ Vs. COVARRUBIAS (n. 26), en: M. A. HUESBE LLANOS, *Untersuchungen zum Einfluss der Schule von Salamanca auf das lutherische Staatsdenken im 17. Jahrhundert* (Mainz 1965); pág. 138 ss.

³⁴ Vs. COVARRUBIAS (n. 32), pág. 299 ss.

³⁵ Vs. COVARRUBIAS (n. 26), *ibid*.

decir, ni darla por su propia iniciativa ni que se sea arrebatada, pues esta prerrogativa *quiere tanto dezir como puro, e esmerado mandamiento de judgar, e de mandar los de su tierra*³⁶. A este argumento se agrega la precisión que Covarrubias hace cuando afirma que *la jurisdicción suprema es como la forma y esencia substancial de la majestad real, y, por tanto, es imposible que haya alguien en el reino exento o exceptuado de ella*³⁷. Por lo cual no puede el rey, según Covarrubias, *conceder ninguna comarca del reino ni a ninguno de sus habitantes, que de tal modo estén sujetos al dominio de otros que se despoje del derecho de apelación y de la suprema potestad*³⁸. En este aspecto seguimos paso a paso a Covarrubias, puesto que Juan Bodino, al definir la soberanía no es tan claro para exponer esta situación jurídico-política ya que Covarrubias declara taxativamente que *aun tratándose de administración y ejecución real de dicho derecho no puede ser sustituida la persona del monarca y en su lugar por un representante pues sería sumamente contrario a la dignidad real que, bajo su principado hubiese comarcas o súbditos a los cuales no es lícito, con estrecho derecho, recurrir al rey por causa de apelación*³⁹.

La Real Pragmática, sancionada por los Reyes Católicos, Fernando e Isabel, decretada en Sevilla en el año 1502 determina, por el derecho real, que se recorra y apele de los prelados eclesiásticos que tienen jurisdicción civil, y derivándose de él los demás. *Los prelados (contraargumenta Covarrubias) no pueden tener, de otra parte, jurisdicción temporal si no es por título de concesión real y, por consiguiente, permanecer en poder del rey, que transmite a otros la jurisdicción, la suprema jurisdicción que llamamos mayoría, la cual no se ha de pasar a los obispos*⁴⁰.

Estos argumentos propuestos por Covarrubias han sido considerados como esenciales por los regalistas, quienes los sustentarán en beneficio de la monarquía, tanto por parte de autores católicos como protestantes⁴¹.

De acuerdo con la doctrina anteriormente analizada, Covarrubias concede al rey de Castilla la facultad de delegar a un consejo restringido el ejercicio precario de dictar sentencia final en caso de una apelación *in extrema provocatione*, solamente para ahorrar molestias y gastos a los súbditos, y para que no tuviesen que ir a su encuentro todos los que acuden a la curia real con apelaciones, quejas en defensa de sus derechos y nulidades, y, además para que su senado supremo y

36 Vs. Cuarta Partida, Tít. XXV, Ley II. Acerca del concepto de mero y mixto imperio, vs. también Tercera Partida. Tít. IV Ley XVIII; Tercera Partida Tít. XXXI, Ley XV; Quinta Partida, Tít. IV, Ley IX

37 Vs. COVARRUBIAS (n. 32), págs. 299-300.

38 Vs. COVARRUBIAS (n. 26), pág. 300. Para ello se apoya Covarrubias en Carlos de Molina.

39 Vs. COVARRUBIAS (n. 26), pág. 300. Para ello se apoya Covarrubias en Carlos de Molina.

40 Vs. COVARRUBIAS (n. 32), pág. 301.

41 Este tema lo hemos desarrollado en mi trabajo M.A. HUESBE LLANOS, *La teoría del poder y el derecho de dictar leyes*. en REHJ 3 (Ediciones Universitarias de Valparaíso, 1978), pág. 234 ss.

sus consejeros abrumados con tantos negocios que exigen rápida solución, pudiesen dedicarse más de lleno a los asuntos de gobierno. Para este efecto, señala Covarrubias, el rey de Castilla, creó dos tribunales reales, uno en Valladolid y otro en Granada, tribunales que se llaman Cancillerías Reales. A estos tribunales, indica Covarrubias, que se han de elevar las causas de apelación y, en general, por derecho ordinario, todas las otras causas que según las leyes de ese reino pertenecen a la Curia Real, exceptuando tan solo los asuntos que están reservados al rey. Estos tribunales se llaman, dice Covarrubias "Audiencias Reales". Es el lugar donde se oyen las causas y se juzgan los pleitos. En cuanto a las funciones de estas audiencias que también se llaman Cancillerías Reales, les correspondía presidir a todos los demás magistrados que desempeñan cargos públicos en nombre del rey. Pertenecía al canciller revisar los *rescriptos, respuestas y decretos del rey, borrar y cancelar lo mal escrito*⁴².

De todo lo expuesto, tanto en Bodino como en Covarrubias y Hobbes, encontramos opiniones coincidentes en cuanto al carácter inherente y esencial del conocimiento de la apelación en última instancia o suplicación al rey, como parte de los atributos de la soberanía y del poder real. Sin este análisis nos sería muy difícil abordar la evolución moderna de las instituciones jurídicas de la apelación y la casación, que de algún modo hemos querido ilustrar⁴³.

3. *La concesión de la gracia como prerrogativa del soberano*

Muy ligado al derecho de apelación en última instancia aparece la concesión del perdón o gracia del soberano, pues muchas veces el perdón era recabado en instancia real y al cual nos referiremos brevemente.

El perdón real es aquel otorgado exclusivamente por la persona del rey, como consecuencia de encontrarse en posesión de los atributos o derechos de la majestad. Uno de los derechos que emanan de esa majestad es el conceder gracias, que puede definirse como la prerrogativa de otorgar el perdón o conmutar penas por otras menos infamantes y rigurosas⁴⁴.

La Gracia o el Perdón como conceptos amplios, comprenden actualmente dos instituciones: *La amnistía y el indulto*.

En términos breves la amnistía consiste en el perdón concedido por el Estado a quienes hayan cometido determinados delitos, suspendiéndose la aplicación del precepto penal que sancionaba esa conducta. Para algunos más que la suspensión de la aplicación de la norma, consiste en una verdadera derogación, parcial y temporal de la ley penal. Es el olvido social (*amnesia*) del ilícito penal

⁴² De esto se deriva el título de Canciller, es decir, el que cancela. Vs. COVARRUBIAS (n. 32), págs. 333-339.

⁴³ Vs. BODINO (n. 3), pág. 79 ss.; tb. COVARRUBIAS (n. 32), pág. 298 ss., tb. HOBBS (n. 13), part. II, cap. 18.

⁴⁴ Vs. FRANCISCO TOMAS Y VALIENTE. *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)*. (Madrid 1969), pág. 397-406; tb. AGUSTÍN A. COSTA, *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil*. (Prólogo de Eduardo J. Couture, Buenos Aires 1950), pág. 35 ss.

para restablecer la calma y la concordia social⁴⁵. Su carácter es general, pues puede beneficiar a un número indeterminado de personas y, por implicar el 'olvido del delito', es una forma de poner término a la responsabilidad penal, eliminando la pena principal y las accesorias. Hardtmann define a la amnistía como *el perdón colectivo de ciertos delitos, otorgados por la ley*⁴⁶.

Por otra parte el indulto consiste en el perdón proveniente del Estado, que exime al beneficiado del cumplimiento de la pena a que hubiere sido condenado, sin que por ello sea borrado el delito y sus efectos penales accesorios y extrapenales.

De la sola definición anterior emanan algunas de las principales características de esta institución. En primer lugar, es una gracia, una facultad ejercida arbitrariamente por su titular sin requerir expresión de causa, ni teniendo competencia los Tribunales para calificar sus fundamentos⁴⁷.

Otra definición de Indulto la proporciona Guzmán, quien señala que *el Indulto es un acto de autoridad que consiste en el perdón de el todo o parte de una pena, sin que este perdón se extienda a los demás efectos de la misma*⁴⁸.

Las características del Indulto, a diferencia de la amnistía, es que el indulto es particular, pues se refiere a determinadas personas y hechos punibles, y sólo borra la pena pero no los demás efectos del delito, como por ejemplo penas accesorias o indemnizaciones. A diferencia de la amnistía que procede por ley y en la que participa el poder Legislativo, el indulto es exclusivo del poder ejecutivo y puede formalizarse en un simple Decreto.

Los Indultos pueden ser *remisivos*, esto es, cuando borran total o parcialmente una pena; o bien, *conmutativo*, cuando cambian una pena por otra, por ejemplo presidio por extrañamiento.

La idea de proceder con equidad hacia los condenados, liberándolos total o parcialmente de las penas que se les han impuesto es muy antigua, tanto casi como la pena misma. Desde tiempos inmemoriales los soberanos han dado muchos ejemplos de concesión de gracia a los condenados. Así el indulto es conocido como una prerrogativa del soberano para dejar en libertad a sujetos culpables de delitos. La facultad de indultar nació confundida con la facultad de juzgar, recayendo ambas en las mismas manos. La situación en la antigüedad se resume en que el soberano, detentador del poder supremo y único regidor de los destinos de su pueblo, era el llamado a administrar justicia, lo que realizaba absolviendo, condenando o indultando a los acusados. Era entonces el indulto una facultad conceptualmente indisoluble a la de juzgar⁴⁹. El fundamento del indulto es la conveniencia de evitar errores judiciales, la de adecuar la sanción al

45 Vs. VARGAS VIANCOS, J. E. *Extinción de la responsabilidad Penal*. (Editorial Jurídica, Santiago 1987), pág. 31.

46 Vs. HARDTMANN, en HARRISON DE LA BARRA, F.J., *Diccionario de Instituciones de Derecho Procesal Penal* (Ediciones Encina, Santiago 1972), pág. 59.

47 Vs. VARGAS VIANCO, J. E. (n. 45), pág. 55.

48 Vs. GUZMAN, en HARRISON DE LA BARRA, F.J. (n. 46), pág. 277.

49 Vs. VARGAS VIANCOS, J. E. (n. 45), pág. 56.

delincuente y a su delito, cuando las fórmulas legales se lo impiden a los tribunales, y a la mayor flexibilidad de la justicia al permitir la enmienda de los culpables⁵⁰.

Las disposiciones legislativas más sistemáticas se encuentran en la antigua Roma, durante la época de la República; así en esta época el perdón asumía dos formas de realización: la primera de ellas llamada *abolición* (*abolitio*) y la segunda *agraciación*, tomada en el mismo sentido. La abolición era una especie de amnistía que se otorgaba antes de iniciarse el proceso; en tanto que la agraciación, era propiamente una restitución de los condenados, otorgada por el pueblo mismo y en forma de ley, que sólo podía aplicarse a las personas condenadas a destierro y no se aplicó jamás a otra clase de pena⁵¹.

Durante la época del imperio este sistema se modificó. Al principio existía la costumbre de que en caso de no insistirse en la demanda dentro del plazo de treinta días, el enjuiciamiento criminal se consideraba desistido. Luego, el derecho de agraciar fue desarrollándose definitivamente como uno de los privilegios imperiales; éste se ejercía bajo dos formas principales: la abolición, llamada indulgencia, venia, intercesión y amnistía -formas de gracia que significan la supresión de todos los trámites de enjuiciamiento criminal- y la gracia, que se otorgaba antes, durante o después del cumplimiento de la pena impuesta, en cuyo último caso constituía una restitución completa. En ciertos casos, esta forma de gracia era aplicada como amnistía especial para determinada clase de delitos⁵².

El efecto de estas distintas clases de gracia era no sólo la supresión de la pena, sino también la rehabilitación para todos los derechos públicos y civiles, como los derechos familiares, los de patronato, el testar, el de poder ocupar puestos honoríficos⁵³.

En la Edad Media, entre los pueblos germanos, el derecho de gracia decayó, siendo apenas aplicado. La razón para ello según el criminalista alemán Köstlin fue *que el sistema de composición* (es decir, el poder de liberarse de las penas de muerte o mutilación mediante el pago de una suma de dinero llamada monto de composición) *aceptado por el sistema de derecho germano, hizo en la práctica superfluo el otorgamiento de la gracia*⁵⁴.

A fines de la Edad Media el derecho de gracia renació y fue desarrollándose con arreglo a los principios del Derecho Romano, el que surge a partir del siglo XI con la labor de glosadores y comentaristas, extendiéndose hasta la Época

50 Vs. BULNES RIPAMONTI, C. *Relaciones y conflictos entre los órganos del poder estatal* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1967), pág. 112.

51 Vs. TOMAS Y VALIENTE (n. 44), pág. 203 ss.

52 Vs. ARNISAUEUS, *De Jure* (n. 7), Lib. I cap. 1-2-3-4. Tb. *De República* (n.7), Lib. I cap. 1-2

53 Vs. ARNISAUEUS, *De Republica*, Lib I, *De civitate et familia*, cap. 1-2-3, especialmente *De Jure* (n. 7), lib. II, cap. III sec. 5, pág. 195.

54 Vs. Alamiro DE AVILA MARTEL (n. 9), sec. I, cap. IV.

Moderna, en que la gracia continuó siendo un derecho de los Soberanos⁵⁵ Incluso se produjo una prolongada polémica entre comentaristas, postglosadores y teólogos, algunos de los cuales negaban la razón de ser del derecho de gracia. Algunos se remitían al Derecho Canónico que señalaba que conceder indulto a una persona indigna no hace sino estimular la delincuencia⁵⁶ Otros estimaban que el derecho de gracia, si bien procedía, debía ejercerse en forma cautelosa por el soberano. Así Schwartz consigna que *el derecho de gracia debe ejercerse no temeraria o indistintamente, sino después de un examen riguroso y prudente del asunto, tomando en consideración la pena infligida, la causa de la remisión y los antecedentes de la persona a agraciarse*⁵⁷. Así, algunos juristas bajomedievales llegaron a establecer un verdadero catálogo de reglas para la concesión de la gracia, que no es del caso considerar aquí.

En el mundo hispánico el indulto era definido como *el acto de perdonar al ome la pena de debe rescebir por el yerro que avia fecho*. Siendo considerado como una facultad exclusiva del rey⁵⁸. En Las Siete Partidas, se denominaba precisamente "De los Perdones", regulándose con acuciosidad la materia⁵⁹. En dichas normas tiene su origen la tradicional prerrogativa que los monarcas españoles ejercían en Viernes Santo. La Novísima Recopilación tampoco deja de regular los indultos⁶⁰. Restricciones a su concesión se contienen en el Ordenamiento de las Cortes de Valladolid de 1312, en que Fernando IV dispone que no serían concedidos hasta que los reos *sean juzgados e librados por fuero e por derecho assi como deve*; y el ordenamiento de las Cortes de Briviesca de 1387, Juan I para remediar la excesiva concesión de indultos (*porque de fazer los perdones de ligero se sigue tomar los omnes osadia para fazer mal*), dispone que ningún perdón fuera válido sino firmado y sellado por el rey y que sólo sirviera para el delito señalado en la Carta y mandó, asimismo, que no se hiciera perdón general. Nos encontramos con que los perniciosos efectos derivados del uso de esta facultad son conocidos desde antiguo.

Lo anterior no fue óbice para que en España se siguiera indultando gran número de malhechores y por razones absolutamente desligadas de los imperativos de la justicia. Un tradicional ejemplo es el indulto general concedido por Felipe IV con ocasión de haberle nacido un hijo después de largos años de matrimonio, el día 17 de octubre de 1628⁶¹.

55 Vs. THOT, Ladislao, *Historia de las antiguas Instituciones de derecho penal*, en *Revista de Identificación y Ciencias Penales* (La Plata 1940), pág. 335.

56 Vs. GRACIANO, *Decretum Gratiani* (traducción Francesco Calasso, Bologna 1955).

57 Vs. SCHWARTZ. *De jure Aggratiandi* (Tubingae 1647).

58 Cf. *Siete Partidas* (n. 22) en: TOMAS Y VALIENTE, F. *El derecho penal de la Monarquía Absoluta*. (Editorial Tecnos, Madrid 1969), pág. 399

59 Vs. *Las Siete Partidas* (n. 22), partida VII, título 32

60 Vs. *Novísima Recopilación*, lib. XXII, Título XLII

61 Para un análisis profundo del perdón en España. Véase a Maria Inmaculada RODRIGUEZ FLORES *El perdón Real en Castilla siglos XII-XVIII* (Universidad de Salamanca 1971)

Nicolás de Maquiavelo, por su parte, en el capítulo XVII de *El Príncipe* examina un tema clásico y de trato obligado en todos los manuales políticos de su época, esto es, el ejercicio de la clemencia. Como es conocido, este capítulo se titula *De la crueldad y la clemencia, y si vale ser más amado que temido o lo contrario*, y le sigue el capítulo *De la Libertad y de la parsimonia*. En éste, Maquiavelo, pone énfasis en el hecho que de *nada debe guardarse más un príncipe que de inspirar desprecio u odio*⁶². La liberalidad conduce a desarrollar ambos sentimientos en los súbditos.

Sin embargo, en el capítulo siguiente, vuelve a reiterar esta idea, pero en la alternativa del ejercicio de la clemencia postula un rechazo a la liberalidad y una adaptación de la virtud de la clemencia. Nada más perjudicial para el príncipe que aparece ante el pueblo como dadivoso porque perjudica a éste en relación al fin que se propone, esto es, la conservación del poder, ya que según Maquiavelo, para conservar la fama de liberal es preciso vivir con lujo y suntuosidad, haciendo cuantiosos gastos. Y para mantener el fausto necesitará agravar a los súbditos con impuestos considerables, apelar a todos los procedimientos fiscales y echar mano de cuanto recurso pueda valerse para recaudar dinero. Todo esto le acarreará la malquerencia de los súbditos, la pérdida de la estimación y del dinero. Por tanto, es más atinado tener fama de tacaño, -la cual no engendra odio- que buscar la reputación de liberal. En cambio la virtud de la clemencia en relación a la crueldad, le son ambas diferentes. Aún más, Maquiavelo aconseja buscar la reputación de clementes pero no de crueles, pero sin hacer abuso de la clemencia. Por consiguiente, el príncipe no requiere cuidarse mucho de su reputación de cruel cuando le sea preciso imponer obediencia y fidelidad a sus súbditos, pues, *ordenando algunos poquísimos ejemplares castigos -dice Maquiavelo-, resulta más humano que aquél por sobrado clemente, deja propagar el desorden causando numerosas muertes que dañan a todos los habitantes*⁶³.

Ahora bien, ¿cómo debe actuar el príncipe en el caso que tenga que resolver entre ser amado o temido? El príncipe debe hacerse temer de modo que el miedo no excluya el afecto y engendre odio. Maquiavelo recomienda que si éste necesitara derramar la sangre de alguno, lo haga con justificación conveniente y por causa manifiesta. De este modo, dice Maquiavelo, si el príncipe es sabio debe procurar solamente no hacerse odiar. En consecuencia, la clemencia debe constituir, en el príncipe, una virtud principalísima y, desde luego, éste debe cuidar que en su ejercicio beneficie de tal modo a la población que no la ponga, por exceso de uso, en peligro. De este modo se infiere que esta virtud es una condición libérrima y exclusiva del príncipe, pudiendo usarla para perdón e indultar a los súbditos según su arbitrio. La clemencia es en este caso una acción política a la cual puede recurrir el príncipe para la conservación del poder. En caso que no le sea útil, no requiere hacer uso de la clemencia. Es sólo un acto de conveniencia política, pero la reconoce como una facultad exclusiva del príncipe, hacer

62 Vs. Nicolás DE MAQUIAVELO, *El Príncipe* (Traducción Arosamena. Ediciones de la Revista Occidente, Puerto Rico 1955), cap. XVI, págs. 348-351.

63 Vs. Nicolás DE MAQUIAVELO, *El Príncipe* (n. 62). Cap. XVI, págs. 348-351.

uso de ella o no. Por esta razón, consideramos que Maquiavelo representa una posición realista de suma importancia, y su actitud va a influir enormemente en el pensamiento de su época proyectándose hasta nuestros días. En este caso el perdón o uso de la clemencia tiene una connotación amoral y técnica, y el sentido mismo de ella está absolutamente ligado con el principio de la *Razón de Estado*, idea también propuesta por Maquiavelo. Siendo el príncipe el Jefe de Estado y la autoridad suprema, debemos concluir que la apelación en última instancia, según Maquiavelo, recae finalmente sólo en su persona.

El jurista Juan Bodino, en cambio, deriva del derecho de apelación en última instancia la concesión de la gracia; así consigna *De este atributo de la soberanía* (la última instancia), se deriva también *el poder de conceder la gracia a los condenados por encima de las sentencias y contra el rigor de las leyes, por lo que se refiere a la vida, a los bienes, el honor, a la condonación del destierro*⁶⁴. Bodino, al mismo tiempo, establece un principio generalmente reconocido por los autores, que *Los magistrados no tienen poder, por importantes que sean, para conceder la gracia ni alterar sus propias sentencias*⁶⁵.

Bodino señala que en Roma los procónsules y gobernadores, aunque tenían tanta jurisdicción como los magistrados en Roma, no tenían la facultad para levantar el destierro de los condenados (lo que ya hemos señalado) según puede leerse en las cartas de Plinio el joven, gobernador de Asia, al emperador Trajano. En lo referido a Francia, Bodino hace mención del celo que los reyes desplegaban en cuanto al atributo de conceder la gracia, así les está prohibido a los jueces conocer de las cartas de remisión de penas otorgadas por el rey, si bien podían conocer las de perdón. El rey Francisco I concedió a su madre el poder para otorgar gracias, por lo que la Corte ordenó que se recordase al rey que se trataba de uno de los más preciados atributos de la soberanía, el cual no se podía comunicar a un súbdito sin disminución de la majestad real, con ello advertida la reina madre renunció a dicho privilegio y devolvió las cartas al rey, antes que se las demandara. Bodino profundiza aún más en este aspecto y anota que es nula la costumbre de Delfino en que algunos gobernantes y altas autoridades eclesiásticas concedían la remisión de las penas; incluso Bodino sostiene que se trata de una usurpación y recuerda que dichos privilegios fueron abolidos por edicto del rey Luis XII en 1499⁶⁶. *En toda república*, dice Bodino, *bien ordenada, tal poder no puede ser cedido ni por comisión ni a título de oficio, salvo si es necesario instituir un regente debido a la ausencia, cautividad, incapacidad o minoría de edad del príncipe*⁶⁷.

En cuanto a la utilidad de la concesión de la gracia, Juan Bodino señala: *Muchos príncipes soberanos abusan de su poder presumiendo que la gracia que conceden será tanto más agradable a Dios cuando el crimen es detestable.*

64 Vs. BODINO (n. 3), lib. I, cap. X. *De los verdaderos atributos de la soberanía*, pág. 80.

65 Vs. BODINO (n. 3), *ibid.*

66 *Ibidem.*

67 Vs. BODINO (n. 22), pág. 81.

Por mi parte, sostengo, salvo mejor juicio, que el príncipe soberano no puede conceder gracia de la pena establecida por la ley de Dios, del mismo modo que no puede dispensar de una ley a la que él mismo está sujeto. Si merece la pena capital el magistrado que dispensa de la ordenanza de su rey, ¿puede ser lícito que el príncipe soberano dispense a su súbdito de la ley de Dios?... En seguida, Bodino agrega que... las gracias otorgadas para tales crímenes traen como consecuencia las pestes, las hambres, las guerras y la ruina de las repúblicas. Por ello, la ley de Dios dice que al castigar a los que han merecido la muerte se elimina la maldición que pesa sobre el pueblo. De cien crímenes, sólo dos comparecen ante la justicia y únicamente la mitad se comprueba. Pues bien, si se perdona el crimen probado ¿qué pena servirá de ejemplo a los malvados?... Entre las gracias que el príncipe puede conceder, ninguna más hermosa que la de la injuria hecha a su persona y, entre las penas capitales, ninguna más agradable a Dios que la establecida para la injuria hecha a Su Majestad. ¿Qué puede esperarse del príncipe que venga cruelmente sus injurias y perdona las ajenas, incluso las que atentan directamente al honor de Dios?...⁶⁸

Vemos aquí cómo Bodino oscila entre la opinión de la corriente canonista que es contraria a la concesión de la gracia, y la tendencia *moderada* que si bien es proclive a la concesión del perdón real, lo reserva para ciertos casos muy justificados y bajo requisitos establecidos. Para el célebre jurista francés las penas deben ser ejemplarizadoras y por ende no es conveniente la frecuente concesión de la gracia, pues ello significaría abrir la puerta para una delincuencia desenfrenada y la inmoralidad de la república.

En la doctrina hispánica el jurista Domingo de Soto⁶⁹ es contrario a la concesión de la gracia por parte del rey, sumándose con ello a la corriente canonista aunque consigna que *queda a la voluntad del juez supremo (el rey) remitir la pena que establece la ley, o conmutarla, pero no puede hacerlo un juez inferior. Pues el príncipe no es sólo custodio de las leyes sino también dispensador de ellas. Ello no significa, al igual que en Bodino, que el príncipe pueda quebrantar las leyes y valorarlas a su arbitrio, sino que puede dispensarlas cuando fuere conveniente y útil al bien público⁷⁰.*

Los demás juristas españoles de la época eran favorables a la admisión del indulto como derecho de *regalía* del monarca. Hay también unanimidad en advertir que es un derecho que el rey no puede ceder ni siquiera por pacto a ninguna otra persona, *ni desnudarse desta suprema regalía*, si bien se admite

⁶⁸ Vs. BODINO (n. 3), *Los Seis Libros de la República*, págs. 81 y 82.

⁶⁹ Vs. Domingo DE SOTO. Teólogo y jurista de Salamanca, nacido en Segovia en 1494. Sucesor de Francisco de Vitoria en la cátedra de la Universidad de Salamanca, escribe allí su obra *De Justitia et Jure* por la cual es conocido en el mundo teológico y jurídico.

⁷⁰ Vs. Domingo DE SOTO. *De Justitia et Jure*, en 10 libros, traducción Marcelino González Ordoñez (de la edición facsimilar hecho por Domingo de Soto en 1556 con su versión castellana correspondiente). Utilizamos aquí la edición bilingüe del Instituto de Estudios Políticos, sección de Teólogos Juristas (Madrid 1968). Vol. III, Libro V, Cuestión IV, art. 4, pág. 442.

que de hecho delegue en su Consejo de Cámara, que siempre ejerce este derecho en nombre del rey.

El indulto podía ser general o particular según se concediese a varios reos o a uno solo. El principal efecto del indulto, fuese general o particular, estribaba en que equivalía a una sentencia de la cosa juzgada; pero el delito cometido indultado se tenía en cuenta para el cómputo de toda posible reincidencia (se prontuariaba al reo), como para invalidar cualquier otro indulto posterior relativo al mismo reo⁷¹. En general la impresión que queda del trabajo realizado por Tomás y Valiente, en torno al derecho penal en la época del absolutismo, es *triste y penosa*⁷². Según este autor son demasiados sufrimientos, desgracias y castigos, demasiadas ofensas y venganzas, demasiada violencia. El perdón por gracia, sin lugar a duda, fue siempre necesario y constituyó una preocupación permanente por parte de los gobernantes con el fin de atenuar las penas de un derecho en donde la ley universal y justa había perdido precisamente en su racionalidad, funcionalidad y neutralidad. El *jus puniendi* se había impuesto en toda Europa por sobre la clemencia y los criterios de buen gobierno⁷³.

Por otra parte, Cesare Bonesana, Marqués de Beccaria, el renovador humanista del derecho penal y las condiciones penitenciarias, señala lo siguiente sobre la clemencia: *A medida que las penas son más dulces, la clemencia y el perdón no son menos necesarios; ¡dichosa aquella nación en que fuesen funestos! Esta clemencia, esta virtud, que ha sido alguna vez en un Soberano el suplemento de todas las obligaciones del trono, debería ser excluida en una perfecta legislación, donde las penas fuesen suaves y el método de juzgar arreglado y corriente. Parecerá esta verdad dura a los que viven en el desorden del sistema criminal, en que los perdones y las gracias son necesarias a proporción de lo absurdo de las leyes, y de la atrocidad de las sentencias.*⁷⁴ Beccaria considera que la clemencia constituye un elemento fundamental para la manifestación del poder. Nuestro autor piensa que el poder no constituye violencia y en consecuencia la violencia es ausencia de poder. Por esta razón cuando se refiere a la clemencia nos dice que...*esta es la más bella prerrogativa del trono, este es el atributo más apetecible de la soberanía, y esta es la tácita desaprobación que los beneficios dispensadores de la felicidad pública dan a un Códice, que, con todas las imperfecciones, tiene en su favor la preocupación de los siglos, el voluminoso y arbitrario atavío de infinitos comentadores, el grave aparato de las formalidades eternas, y el apego de los más astutos habladores y menos*

71 Vs. TOMAS Y VALIENTE, F. (n. 58), pág. 403-404.

72 Cf. TOMAS Y VALIENTE (n. 58), pág. 409.

73 Vs. mi trabajo *Delito, Pena y Sanción en la novela picaresca española de los Siglos XVI y XVII*, en REHJ 12 (Ediciones Universitarias de Valparaíso. Valparaíso 1987-1988), pág. 329-353. En esta publicación mostramos mediante una abundante información proveniente de la novela picaresca española, que la brutalidad y la falta de sensibilidad por parte de la sociedad preliberal llevó a numerosos tipos de castigos respecto de los cuales nos da cuenta la picaresca.

74 Vs. BONESANA, C. (MARQUÉS DE BECCARIA), *Tratado de los delitos y las penas* (Traducción Alban. Editorial Heliasta, Buenos Aires 1978), pág. 164

*temidos semidictos. Pero considérese que la clemencia es virtud del legislador, no del ejecutor de las leyes: que debe resplandecer en el Código, no en los juicios particulares; que hace ver a los hombres la posibilidad de perdonar los delitos y que la pena no es necesaria consecuencia suya...*⁷⁵

Beccaria combatía la oportunidad y conveniencia del indulto real, aun sin negar en teoría la facultad real de perdonar las condenas. En su opinión el ejercicio de la clemencia es virtud que debe tener el rey en cuanto legislador, pero no es bueno que la ponga en práctica como indulgente dispensador de gracias o perdones posteriores a la ley a las sentencias en ella basadas. El indulto real viene a reconocer los defectos de la legislación, es la reprobación tácita de unas leyes que obligan a imponer unas penas excesivas y crueles. Además el indulto elimina la certeza de la pena y fomenta ilusiones de impunidad en los delincuentes. En una sociedad cuya legislación penal sea cada vez más justa, los indultos serán cada vez menos necesarios, y la seguridad respecto al cumplimiento de la ley penal, mayor. Beccaria defiende la suavidad e indulgencia del legislador y la inexorable obediencia y ejecución de la ley penal.

Por último, en este recuento del pensamiento y doctrina sobre el derecho de gracia en los tiempos modernos, es pertinente mencionar lo que sobre este propósito dispone la Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica, así en el artículo dos, sección segunda, párrafo 1: 1) *Que el Presidente de los Estados Unidos será comandante en jefe del ejército, la marina y de la milicia de los diversos estados.* 2) *Podrá solicitar la opinión por escrito del funcionario principal de cada uno de los departamentos administrativos;* y 3) *Estará facultado para suspender la ejecución de la sentencia y para conceder indultos, tratándose de delitos contra los Estados Unidos, excepto en los casos de acusación por responsabilidades oficiales*⁷⁶.

Como vemos, entre las atribuciones primigénicas del presidente de los Estados Unidos se encuentra la de suspender la ejecución de las sentencias y el otorgar indultos respecto de los delitos federales. La carta fundamental norteamericana recoge de ello toda la larga tradición doctrinaria y jurídica al conceder al detenedor del poder ejecutivo la facultad de conceder la gracia, aunque coloca restricciones de acuerdo con el sistema democrático que instaura. Por ello, el régimen presidencialista es heredero de una larga elaboración histórico jurídica sobre el tema del perdón y la gracia. Es por eso que podemos postular, sin temor a caer en una exageración, que el derecho de gracia tiene precedentes antiquísimos y es, tal vez, una de las instituciones más remotas que, transmitiéndose de siglo en siglo, ha llegado hasta hoy manteniendo sus principios básicos⁷⁷.

Para concluir, digamos que aparece claro a nivel histórico como el sobera-

⁷⁵ Vs. BECCARIA (n. 74), pág. 164-165.

⁷⁶ Vs. *Constitución de los Estados Unidos de Norteamérica* (17 de septiembre de 1878. Art. 2, sección segunda, párrafo 1; en Máximo PACHECO G., *Los Derechos Humanos, Documentos Básicos* (Editorial Jurídica de Chile, Santiago 1987), pág. 36.

⁷⁷ Vs. Sergio STONE VALENZUELA. *Indulto y Amnistía*. (Universidad de Chile, Valparaíso 1940), págs. 33 y ss.

no, quien es detentador de la majestad, en el principio gozó de amplias atribuciones, de tal modo que las potestades ejecutivas, legislativas y judiciales se confundían en su persona, tal como ya lo hemos señalado; el rey al llegar actuaba como supremo magistrado e intérprete de la ley. De este modo como sostiene el jurista alemán Henning Arnisaeus *presentia majestatis facit quiescere magistratus*⁷⁸. Así cuando el rey llegaba a la ciudad, se le debían abrir todas las causas civiles actuales o pendientes, y los jueces subordinados debían cesar en su acción mientras durase la presencia real y corporal del soberano⁷⁹.

Según Arnisaeus de tal fuerza y magnitud es el soberano, que no sólo se pretende dar brillo, realce y homenaje al príncipe al establecer semejante principio, sino que realmente los autores proponen que los magistrados sigan al rey en sus funciones soberanas como la espada a la justicia⁸⁰.

Por ello vemos como el Estado Moderno evoluciona desde una concentración del poder hacia una desconcentración, y hacia el establecimiento de poderes políticos separados e independientes, aunque no por ello aislados, pues se propone la colaboración y cooperación de las potestades para una marcha ordenada y coherente del Estado. He aquí una de las mayores contribuciones de los tiempos modernos en el progreso de la humanidad.

78 Vs. ARNISAEUS, H. *De Jure* (n. 7), 2.3. pág. 309

79 Vs. *In welch Stadt der Kuning da sind ihm alle Geriche geoeffnet und must der Unterrichter zurichten inhalten*: ARNISAEUS, *De Jure Majestatis* 2.4, pág. 310; según el propio Arnisaeus esta sentencia procede del jus saxonicum y agrega que Federico I von Hohenstaufen declara que a *nutrio nostro accipiente si praesentes fuerimus, a nobis ipsis*. ARNISAEUS *De Jure*, pág. 310.

80 Vs. Arnisaeus apela a Trajano cuando éste se dirige a Xiphilinus e invoca: *Accipe gladium. Quo, si juste imperavero, pro injuste, contra me uteris*: ARNISAEUS, *De Jure*, pág. 310.