

UNIVERSIDAD LITERARIA DE OVIEDO.

DISCURSO

LEIDO EN EL ACTO SOLEMNE DE APERTURA

DEL

CURSO ACADÉMICO DE 1889 Á 1890

POR EL DOCTOR

D. EDUARDO SERRANO Y BRANAT,

CATEDRÁTICO NUMERARIO

DE

DERECHO PROCESAL CIVIL, PENAL, CANÓNICO, ADMINISTRATIVO

Y DE TEORÍA Y PRÁCTICA DE LA REDACCIÓN

DE

INSTRUMENTOS PÚBLICOS.



OVIEDO:

TIPOGRAFÍA DE VICENTE BRID

18, *Canónica*, 18.

1889

R. 295474



Excmo. Sr.:



EL art. 84 del Reglamento vigente para la enseñanza en las Universidades del Reino, impone á los catedráticos de Facultad la obligación de leer la oración inaugural en el solemne acto de apertura del curso, autorizando al Jefe del Establecimiento respectivo para designar anualmente el profesor encargado de prestar este servicio: tal es la causa de que inmerecidamente ocupe esta tribuna el último de los catedráticos de la Facultad de Derecho y esta es la explicación que debo, para que no se juzgue como acto de inmodestia lo que es solo obediencia al precepto reglamentario. Encargado de la asignatura de *Derecho procesal y Notarial* era lógico que me ocupara principalmente en desarrollar un tema correspondiente á la enseñanza que me está encomendada, ya porque esta es la práctica constante, ya

porque esta es mi vocación decidida, ya también porque de todas las instituciones humanas ninguna es tan sublime, como acertadamente se dijo en un documento solemne, ni más digna de admiración y de estudio que la que limita en los hombres la libertad natural, sujetándolos al suave yugo de la ley. La justicia no existe sino se administra en todos los casos de una manera efectiva, pronta é imparcial: si en los juicios civiles el que litiga con derecho y buena fé no está seguro de que obtendrá lo que solicita ó que no será despojado de su propiedad ó perjudicado en sus intereses: y en las causas criminales, convencido el delincuente que nada podrá salvarle de la pena condigna á su delito y el inocente, seguro de hallar en la ley todos los medios de triunfar de las artes, malicia y poder de sus enemigos.— Por estas razones no he dudado un momento en la elección del tema y por esto ocuparé breves instantes vuestra atención, desarrollando la siguiente tésis: *Principios generales del Derecho procesal civil y penal; importancia, naturaleza, extensión y límites de esta ciencia.*

El estudio del *Derecho procesal* es de gran importancia y de una utilidad práctica inapreciable: sus primeros principios se basan en el derecho natural y sus ulteriores consecuencias garantizan la libertad civil, la honra y la fortuna de los ciudadanos. Las leyes civiles consideradas en sí mismas son principios inanimados, ideas abstractas que radicando en las regiones superiores del entendimiento necesitan aplicarse y traerse á la vida, si se permite la frase, bajo razones y formas prácticas que las completen y vivifiquen. *Judicia anchorae legum sunt*, ha dicho Bacon, y estos juicios, áncora de las leyes, salvaguardia del derecho, égida del ciudadano, no son otra cosa que la consecuencia de los principios de la forma, el resultado del enjuiciamiento, el objeto y el fin de la ciencia del derecho procesal: pero no son estas las únicas notas características de nuestro estudio, ni tampoco bastan los anteriores elementos para comprender á fondo su importancia. Si la justicia no tuviese un apoyo material y exterior, para hacer cumplir fielmente sus preceptos, la mayor parte de los hombres no se prestaría voluntariamente á realizar sus compromisos; las leyes entregadas al arbitrio de los particulares serían respetadas pocas veces,

conculcadas casi siempre, y el derecho de la fuerza sentaría sus reales sobre los escombros de la sociedad hecha pedazos por el caos y el desorden, por las malas artes y bastardas pasiones del criminal y foragido. El hombre, la sociedad, el gobierno y la ley son ideas tan íntimamente ligadas para los fines, objeto é importancia de nuestro estudio, que no es lícito separarlas sin incurrir en lamentables errores: ni el hombre puede vivir sin sociedad, ni se concibe esta sin gobierno, ni son posibles sociedad y gobierno sin leyes que regulen y determinen las relaciones de los individuos entre sí y con el Estado y que sean la base del orden y de la armonía individual y social, ni se concibe una ley que se haya dictado sin objeto, sin un fin, sin una aplicación especial. La ley me concede una propiedad determinada, con arreglo á ella soy dueño de un predio, de un fundo, otro me arrebatara los frutos, ¿de qué me servirían todos mis derechos sino los pudiera hacer efectivos, respecto del tercero, que se aprovecha de aquellos contra mi voluntad? Solo cuando se me reintegre en lo que es mío, solo cuando se me indemnice de lo que injustamente se me privó, solo cuando el detentador es desposeído ó castigado en su caso, puede decirse que tiene aplicación real la ley: el acto de aplicarla, es un hecho complejo que supone necesariamente la existencia de una autoridad con poder bastante para realizar aquella, y de aquí el origen, la necesidad y la importancia de la organización judicial. De la misma manera, pues, que no se concibe el hombre sin sociedad; la sociedad sin gobierno y el gobierno sin ley, tampoco se concibe ésta sin la intervención de una persona recta, ilustrada é imparcial que, penetrada de las augustas funciones de su ministerio, administre justicia de un modo rápido, pronto y sencillo: todos estos términos, todas estas ideas, son principios fundamentales de alta trascendencia é importancia «que se condensan y enlazan en formal prototipo con las entidades necesarias del mundo moral y con todas las leyes divinas y humanas.»

Sin embargo de ser tan importante el contenido del derecho procesal, es lo cierto que no todos le tienen en esta estima, y que su estudio ha sido mirado entre nosotros, por algunos con prevención, con aversión por otros y con prejuicios lamentables por casi todos. Se cree comunmente que en el estudio de esta ciencia, solo se necesita una regular memoria para retener y no olvidar las disposiciones de las

leyes de enjuiciamiento, principalmente en lo relativo á términos judiciales; opinando muchos que todo el saber, en esta materia, se circunscribe á la rutina de las formas preceptuadas y á la mayor ó menor sutileza para buscar sofismas en la interpretación de un artículo: por otro lado es preciso confesar que con dificultad se encontrará otra ciencia más olvidada, ni que menos se cultive, bajo el punto de vista de su organización científica. Hasta ayer se estudiaban los procedimientos judiciales solamente en sus aspectos civil y criminal, precedidos de breves nociones relativas á la organización de Tribunales: se amplió hoy al estudio del enjuiciamiento canónico y administrativo con el apéndice relativo á la redacción de instrumentos públicos, pero siempre se prescindió de la parte filosófica de este estudio, del organismo científico que informa esta ciencia y de los principios generales que la constituyen, contribuyendo poderosamente á entorpecer los adelantos de esta rama del derecho, entre otras causas, los abusos de la curia, en tiempos antiguos, la confusión y el caos que reinaba en las disposiciones legales, la corrupción y venalidad de algunos funcionarios encargados de administrar justicia, que retrajeron en muchas ocasiones, del foro y del estudio de esta asignatura á hombres de verdadero saber y reconocida ilustración. El mal estaba tan arraigado entre nosotros que hasta el sesudo autor de las *Empresas políticas* se expresaba de este modo: «Quien hoy planta un pleito, planta una palma, que cuando fruta, fruta para otro... Sean, por lo menos, pocos los letrados, procuradores y escribanos. ¿Cómo puede estar quieta una república, donde muchos para sustentarse, levantan pleitos? ¿Qué restitución puede esperar el despoído, si primero le han de despojar tantos?» Ni estas solas fueron las causas de semejante abandono: la más importante y de consecuencias más peligrosas ha sido indudablemente el método especial seguido en el estudio de los procedimientos, aun por aquellas personas que dedicaron sus vigilias y trabajos á esta ciencia. Si en las *Instituciones prácticas de los juicios civiles*, publicadas en 1794, por el conde de la Cañada, se vislumbran destellos filosóficos que de vez en cuando, patentizan el principio metafísico de la tramitación y enjuiciamiento, en cambio ¿qué nos enseñan y demuestran las voluminosas obras de todos nuestros antiguos prácticos? Admiradores y entusiastas hasta el extremo

por los principios y máximas del derecho romano, nada comprendían y explicaban, fuera de aquellos textos, que interpretaban literalmente, siguiendo las opiniones de Azon y de Acursio, de Bartolo y de Baldo, de Juan Andrés y del Abad; la ciencia toda del práctico estaba limitada á plagiar las disposiciones del Digesto, del Código y de la Instituta, interpretándolas en todos casos bajo el aspecto formalista, casuístico y estrecho, ocupándose al resolver todas las cuestiones, más de la letra del precepto escrito que de los principios generales, del espíritu filosófico que entraña el derecho natural y que informan todas las instituciones de la ciencia procesal; por más que es fuerza reconocer en algunos la agudeza de ingenio, la sagacidad y el espíritu de sutileza llevado al grado más eminente. Con estos antecedentes y con esta herencia, fácil es colegir el espíritu y tendencias que generalmente domina en la materia, tan triste y lastimosa que hace lamentarse á un ilustrado catedrático de derecho procesal, del precario estado de nuestros estudios, hasta el punto de no existir libro alguno en donde aparezca el derecho procesal expuesto por completo y de una manera ordenada y científica.

Agréguense á esto las dificultades que ofrece la índole propia de estos estudios y las innovaciones oficiales que introdujeron los recientes planes de enseñanza: porque si se estudia la denominación que el legislador quiere dar á la asignatura, será forzoso reconocer que caben dentro de aquella muchas materias que, por el tenor literal del título no quisieron incluirse, mientras que se ha negado este carácter á otras que debieran estudiarse y comprenderse en ella. Para demostrar este aserto basta solo fijarse en la primera parte del título, en la denominación de derecho procesal, bien sea civil ó penal, bien canónico ó administrativo, en cuya nomenclatura y riguroso tecnicismo jurídico solo se comprende el estudio del procedimiento, quedando por consiguiente excluída toda la teoría de la organización y de las funciones del Poder judicial. Por el contrario, creemos que apesar del título no debe comprenderse, para los efectos de la enseñanza, el estudio de todo el procedimiento canónico y administrativo, sino que, en esta materia, los límites de la ciencia deben circunscribirse á los procedimientos judiciales propiamente dichos. En efecto, la Iglesia, institución divina, tiene sus funciones, sus órganos, sus poderes y sus

procedimientos en relación con estos y en su consecuencia, estudiar el enjuiciamiento canónico-legislativo sería un verdadero absurdo, por lo mismo que en el derecho procesal secular se prescinde de este estudio y por que, además, esto nos llevaría como consecuencia necesaria á la exposición y examen de todo el derecho de la Iglesia. Por lo que se refiere al derecho procesal administrativo, bien se considere á la administración en el ejercicio activo de sus funciones, ora se la examine bajo la esfera de los recursos incoados por los particulares en la llamada vía gubernativa, es evidente que estos estudios no pueden de modo alguno caber en los límites de nuestro trabajo, sino que debemos circunscribir los horizontes de la ciencia que nos ocupa á los procedimientos exclusivamente contenciosos.

El método que nos hemos impuesto exige de nosotros que determinemos con toda claridad la naturaleza de nuestro estudio, del derecho procesal; pero antes habrá de permitírsenos que digamos dos palabras acerca de las escuelas más conocidas que se disputan la preponderancia en la materia. Difícil por demás sería, ya que no imposible, reducir á breves páginas lo más selecto que se escribió en España y en el extranjero acerca de este punto; los jurisconsultos de todos los países comprendieron la importancia de estas materias y procuraron fijar convenientemente los términos de la cuestión; pero el problema es demasiado complejo para que nosotros podamos ventilarlo, cual exigiría su importancia; así es que habremos de contentarnos con ligeras indicaciones acomodadas á la práctica de nuestras leyes orgánicas y procesales.

El origen de las teorías que vamos á examinar brevemente, es preciso buscarlo estudiando la misma naturaleza de las cosas, los hábitos, prácticas, usos y costumbres de los pueblos y hasta los abusos que han nacido de las mismas instituciones destinadas á proteger los derechos de los particulares. Los pleitos son, según algunos, la polilla de la sociedad: ellos, así como las causas criminales afectan el carácter de enfermedades dolorosas, que padecen aquella, las familias y los individuos y, por lo tanto, el procedimiento judicial y la práctica forense son una patología y una clínica; no una fisiología y menos una anatomía en el orden jurídico: el derecho procesal es para los que así piensan, como se ha dicho gráficamente, una excrccencia, una super-

futación indigna de la contemplación de los entendimientos elevados, y el publicista solamente debía ocuparse de semejante derecho para reclamar su abolición. Las formas, con su predominio, consumen lo fundamental, el fondo, del negocio, y los abusos de la curia desprestigian la acción de la justicia, desacreditan á nuestros Tribunales, y los errores cometidos se traducen más tarde en catilinarios y declamatorios artículos contra lo que se ha dado en llamar la *justicia histórica*. Este defecto, ni es nuevo, ni futil, ni desconocido de nuestros legisladores, porque ya lo consignó el ilustrado Marqués de Gerona, en un documento notable. « Los litigios y reclamaciones jurídicas, decía son hoy el espanto y la ruina de muchas familias; son un manantial perenne de escándalos, son la muerte de la justicia misma. Las formas, ó mejor dicho, los abusos á que dan lugar, ahogan la voz de los litigantes, despopularizan á nuestros Tribunales y acabarán por desacreditar una de las más santas instituciones sino se hacen desaparecer pronto las irregularidades de nuestro procedimiento..... El verdadero cancer de nuestras instituciones judiciares son las deformidades ruinosas, el despilfarro y desbarajuste de la sustanciación, máquina de guerra asestada contra la fortuna del infeliz litigante ó inmoral juego de suerte y azar, donde frecuentemente triunfa, de la razón la malicia, de la legalidad la astucia, de la más sana intención el fraude y la codicia. Para corregir estos abusos, se pensó entonces, que el mejor sistema procesal sería aquel que volviendo á la primitiva y rudimentaria forma de administrar justicia, resolviese las contiendas particulares, como en los tiempos patriarcales, sin aparato ni forma alguna de tramitación ni de juicio, y este pensamiento, que primero se escribió como teoría en las obras de un iluso, se erigió más tarde por la Convención nacional en sistema, consignando aquella famosa Constitucion, el principio de que las contiendas jurídicas se decidiesen verbalmente, sin procedimiento y sin costas: se abolieron todas las leyes de enjuiciar y solo quedó vigente la ley de 3 brumario, año II, que redujo á diez y siete artículos cuantos elementos entraña el difícil y complejo método de proceder. Como se ve, esta escuela todo lo sacrifica á la brevedad y prontitud, y en tal concepto, el ideal para la administración de justicia, según los partidarios de ella, le tendríamos en el modo de proceder de los pueblos bár-

baros ó en las máximas de enjuiciar de los jueces del Riff.

En contraposición á esta escuela existe otra que proclama las excelencias é importancia de las formas: que atemperándose únicamente á las reglas y trámites, ensalza lo superficial, lo extrínseco, para olvidarse de lo fundamental é intrínseco; que tributando á lo accidental del procedimiento un exagerado y excesivo culto, desprecia la esencia misma de la cosas, siendo una consecuencia lógica de tal sistema la perpetuidad y duración perenne de los litigios; la multiplicidad de incidentes, que hacen interminables los negocios, el entronizamiento del expedienteo y como secuela de todo los gastos excesivos é inmoderados.

Tienen íntima relación con las anteriores escuelas, las denominadas teórica y práctica: la primera modifica sistemáticamente el procedimiento, en consonancia con lo que enseñan los principios y adelantos de la filosofía, y la segunda proclama el *statu quo*, oponiéndose á toda innovación en el enjuiciamiento; por último, existe otra escuela, que recogiendo de ambos sistemas los principios más fundamentales; estudia y procura conservar los elementos antiguos, acomodándolos á las necesidades de los tiempos modernos. La generalidad de los principios sustentados por las escuelas anteriores, su misma naturaleza, la índole propia del derecho procesal, la circunstancia de garantizar todas las restantes ramas del derecho, y, por último, la brevedad que nos hemos impuesto, nos impiden entrar en detalles que pugnan con los límites de un discurso inaugural. Sin embargo, no reflejaríamos las modernas corrientes de la ciencia, ni presentaríamos un cuadro sintético de los sistemas que predominan en el procedimiento, si por lo que se refiere al penal, no diésemos alguna idea, aunque somera, de las formas acusatorias, inquisitivas, mixtas, frenopáticas, antropológicas, positivas, algunas de las que admiten determinados Códigos europeos y defienden modernos escritores de fama universal. Entre otras, debemos ocuparnos primero del sistema procesal inquisitivo, que dominó en Europa algunos siglos, en España más que en país alguno y que ha sido desterrado de los modernos Códigos de enjuiciar, con aplauso de cuantos se dedican á estos estudios.

El sistema inquisitivo ha predominado en España desde el siglo XIII al actual, de una manera exclusiva, constituyendo la escuela procesal á que han pertenecido todos los

glosadores, todos nuestros grandes jurisconsultos y los mayores ingenios que florecieron y honraron el foro español en aquellas épocas. El sumario se incoaba de tres modos: por delación, inquisición y acusación, siendo el principal el segundo, del cual tomó el nombre la escuela. D. Alfonso la definió en la Ley I, Tít. 17 de la Partida III, del modo siguiente: « *Pesquisa, en romance, tanto quiere decir en latín como inquisitio, é tiene pro á muchas cosas: ca por ella se sabe la verdad de las cosas mal fechas, ca de otra guisa non pueden ser probadas, nin averiguadas. E otrosí meten en carrera á los Reyes por ella, de saber en cierto los fechos de la su tierra: é de escarmentar los omes falsos é atrevidos, que por mengua de prueba cuydan pasar con sus maldades.* » Hevia Bolaños la define á su vez, diligente inquisición, que es una legítima investigación que hace el juez de oficio, para inquirir y saber los delitos que se cometen y castigarlos: lo cual por todas vías y maneras debe procurar. Los autores dividen la inquisición en general y especial: la primera procede inquiriendo gradualmente de todos los delitos, sin particularizar ninguno, ni los nombres de los delincuentes; la especial inquiera del delito y delincuente particular, pudiendo también ser general de delito y especial de persona. Por eso dice Gregorio López en la glosa: *Inquisitio est jus procedendi per officium, ad investigationem omnis facinorosæ personæ in territorio inquirentis pence dignæ: et hoc cum inquiritur generaliter, tan respectu personarum, quam delictorum: si vero est generalis quoad personas, sed specialis quoad delicta, ut quia ignoratur male factor, sic definitur. Inquisitio est jus procedendi per officium, ad investigandam personam, quæ delictum jam repperitum commisit; alia vero inquisitio est generalis quoad delicta sed specialis quoad personas..... alia vero est specialis quoad personas et quoad delicta:* existía también otra forma de proceder, la pesquisa voluntaria, de que nos habla la Ley I del Título y Partida antes citada. La tercera manera es: *Quanda amas las partes se avienen, queriendo quel Rey ó aquel quel pleyto ha de judgar, mande facer la pesquisa,* pero como observa el glosador, no puede decirse propiamente «inquisición» á este modo de proceder, porque *non fiat et mero judicis officio, sed ad petitionem partium.*

La inquisición, por lo tanto, procedía siempre *ex mero judicis officio*, no á instancia de parte, principio fundamental del proceso, cuya incoación era absolutamente secreta para

todos en general y en especial para los procesados. Las notas características del sistema son tan conocidas que pueden sintentizarse fácilmente. Los jueces, bien fuesen ordinarios, conservadores ò pesquisidores procedían siempre de oficio para la comprobación de los delitos y castigo de los culpables. Los pesquisidores solo podían ejercer jurisdicción en el territorio de su demarcación á menos de *mandado de Rey ó del Merino mayor aviendogelo mandado el Rey por sí ó por su carta..... é otrosí pueden poner pesquisidores los señores de algunos lugares honrados si han poder de fazer justicia en aquel lugar do quieren facer pesquisa*. Además del riguroso secreto del sumario, las actuaciones judiciales eran escritas, desconociéndose ó por lo menos no concediéndose las virtudes que hoy se atribuyen á la oralidad del juicio. Aparte de la prisión preventiva y de la incomunicación del procesado, los abusos de más monta tenían lugar en la aplicación del tormento, medio de prueba, muy común entonces, y que basta para hacer la crítica de este sistema. Gonzalo Suárez de Paz nos ha conservado el modelo de sentencias de los tormentos más usados en su época.—*Sentencia de tormento de agua y cordeles*. Visto este proceso: fallo atentos los indicios que del resultan contra el dicho..... que le debo condenar y condeno á cuestión de tormento, de agua, toca, cordel y garrote, el cual le sea dado en esta forma; que sea puesto y atado de pies y manos en el potro del tormento y le sean dados en cada pierna dos garrotazos y uno en el muslo y otro en la caña de la pierna de la rodilla abajo y otros dos garrotes en cada brazo..... por manera que sean ocho garrotazos y le sean hechados ocho cuartillos de agua por la boca, etc., etc.

No se crea que este era el único género de tormento puesto en práctica, porque se usaba además y estaba autorizado por la ley el tormento de garrucha, que consistía en colgar de la techumbre más alta de la cárcel, donde estaba preso el delincuente, una gruesa soga de cáñamo ó esparto doblada por medio y asida á una polea y viga, de manera que pudiera correr: al delincuente se le ataba por las muñecas de los brazos, vueltos por las espaldas, se juntaban y ataban los pies, colgando de ellos *cien libras* de hierro y así puesto y atado se tiraba fuertemente por la soga, hasta levantarlo dos metros. Todavía era más terrible el tormento de ladrillo y sueño, en sus aplicaciones española é italiana y sobre

todo el de tablillas, que no describimos en obsequio á la brevedad; pero que en puridad iguala, ya que no exceda á los suplicios empleados por el Tribunal de la Santa Fé, contra el que tanto se ha declamado en nuestros días. Bajo el punto de vista del derecho procesal, el sistema inquisitivo ha sido justamente censurado por la ciencia. El célebre Carrara lanza contra él el anatema de sus profundos conocimientos en la materia y no contento con fulminar execraciones contra él mismo, descubre, copiando á Bouvet, las fraudulentas maquinaciones de que se valía la justicia para inquirir los delitos. Cuando el juez, dice, se apodera de algún infame ladrón, que ha cometido muchos crímenes, y que los testigos no deponen nada de positivo, sin embargo aquel está cierto de que es muy culpable: pues para tener medio de hacerle descubrir sus crímenes, será preciso que el juez instruya á alguna persona, que le sirva de confidente y que la haga encadenar de pies y manos é introducirla en el mismo calabozo donde estuviere el criminal y que cerca de la media noche prorumpa en suspiros, fingiendo llanto, y por sus clamores y quejas denote ser muy desgraciado. Esto obligará al criminal á preguntarle de qué procede tan súbita desolación: entonces le hará prestar juramento de callar su secreto. Explicará en detalle muchos crímenes, que dirá haber cometido, entre los cuales incluirá algunos parecidos á los de que el indicado es acusado, á fin de excitar su emulación, de suerte que se vea obligado á confiarle el mismo secreto, y para colorear mejor su artificio, hará de nuevo jurar al verdadero criminal no hablar de ello á nadie en el mundo. El inocente descubrirá á propósito los lugares, las épocas en que el criminal haya cometido los crímenes, á fin de que á la mañana siguiente, cuando salga del calabozo, pueda formular una amplia deposición, la cual se sostendrá á medio de careo con el acusado.—Tales eran las artes de que se valieron los partidarios del sistema inquisitivo para descubrir los delitos; práctica que con razón apellida infernal, el ilustre italiano Carrara, y que ha merecido á nuestros legisladores y hombres de ciencia la rigurosa crítica empleada en la exposición de la ley de 22 de Junio de 1882, respecto al procedimiento que rigió en España hasta la publicación de aquella ley, inspirado en las bases fundamentales del sistema inquisitivo. Sin desconocer, dice, que la Constitución de 1812, que el reglamento provisional para la Administración de

justicia de 1835 y otras disposiciones posteriores mejoraron considerablemente el procedimiento criminal; sería temerario negar que aun bajo la legislación vigente no es raro que un sumario dure ocho ó más años y es frecuente que no dure menos de dos, prolongándose en ocasiones por todo este tiempo la prisión preventiva de los acusados, y aun podría añadirse, para completar el cuadro, que tan escandalosos procesos solían, no ha mucho, terminar por una absolución de la instancia, sin que nadie indemnizara en este caso á los procesados de la vejaciones sufridas en tan dilatado período, y, lo que es más, dejándoles por todo el resto de su vida en situación incómoda y deshonrosa, bajo la amenaza perenne de abrir de nuevo el procedimiento el día que, por malquerencia, se prestaba á declarar contra ellos cualquier vecino rencoroso y vengativo. Esta práctica, abusiva y atentatoria á los derechos del individuo, pugna todavía por mantenerse con este ó el otro disfraz en nuestras costumbres judiciales y es menester que cese para siempre, porque el ciudadano de un pueblo libre no debe expiar faltas que no son suyas, ni ser víctima de la impotencia ó del egoísmo del Estado. Con ser estos dos vicios tan capitales, no son, sin embargo, los únicos, ni acaso lo más graves, de nuestro procedimiento. Lo peor de todo es que en él no se da intervención alguna al inculpado en el sumario; que el juez que instruye éste es el mismo que pronuncia la sentencia con todas las preocupaciones y prejuicios que ha hecho nacer en su ánimo la instrucción; que confundido lo civil con lo criminal y abrumados los jueces de 1.^a instancia por el cúmulo de sus múltiples y variadas atenciones, delegan frecuentemente la práctica de muchas diligencias en el Escribano, quien, á solás con el procesado y los testigos, no siempre interpreta bien el pensamiento, ni retrata, con perfecta fidelidad, las impresiones de cada uno, por grande que sea su celo y recta su voluntad; que por la naturaleza misma de las cosas y la lógica del sistema, nuestros jueces y magistrados han adquirido el hábito de dar escasa importancia á las pruebas del plenario, formando su juicio por el resultado de las diligencias sumariales y no parando mientes en la ratificación de los testigos convertida en vana formalidad; que en ausencia del inculpado y de su defensor, los funcionarios que intervienen en la instrucción del sumario, animados de un espíritu receloso y hostil que se engendra en su mismo

patriótico celo, por la causa de la Sociedad que representan, recogen con preferencia los datos adversos al procesado, descuidando á las veces consignar los que pueden favorecerle; y que en fin, de ese conjunto de errores anejos á nuestro sistema de enjuiciar, y no imputable por tanto á los funcionarios del orden judicial y fiscal, resultan dos cosas á cual más funestas al ciudadano; una, que al compás que adelanta el sumario se vá fabricando inadvertidamente una verdad de artificio, que más tarde se convierte en verdad legal, pero que es contraria á la realidad de los hechos y subleva la conciencia del procesado; y otra que cuando éste, llegado el plenario, quiere defenderse no hace más que forcejear inutilmente porque entra en el palenque ya vencido ó por lo menos desarmado. Hay, pues, que restablecer la igualdad de condiciones en esta contienda jurídica hasta donde lo consientan los fines esenciales de la sociedad humana. Sin embargo, de esta crítica severa, podemos afirmar con Mittermaier que se formaría una opinión errónea creyendo que el sistema inquisitivo es esencialmente peligroso para la libertad y el inocente; las acriminaciones que con razón han podido hacerse á los abusos, á las aplicaciones ilegítimas del principio, no podrían dirigirse contra el principio mismo en el caso en que este se aplicase con sinceridad é inteligencia.

Cúmplenos, ahora, examinar el sistema acusatorio; de gran importancia y trascendencia que informa algunos Códigos europeos y que ha prestado multitud de principios al enjuiciamiento vigente en España. Gutierrez, dice, que la acusación ó imputación de un delito á alguna persona ante el magistrado para que aquel se castigue conforme á las leyes, fué un precioso derecho de los ciudadanos en las naciones más celebradas del universo. Lo fué entre los hebreos, entre los egipcios, entre los griegos y entre los romanos. Con especialidad en los mejores tiempos de Roma lejos de ser la acusación un acto odioso se tuvo por loable y honorífico y por un medio brillante á que podría recurrir todo ciudadano para servir á su patria y grangearse los aplausos de sus compatriotas. Comparado este sistema con el español: acostumbrados nosotros á la institución del Ministerio público, nos cuesta trabajo concebir la persecución de los delitos, prescindiendo de aquellos funcionarios, porque en Roma bastaba que un ciudadano cualquiera tuviese ó no interés inmediato y personal en el asunto, obtenido el permiso del

pretor, denunciase un delito, para que se pudiese en marcha toda la máquina que constituía en el pueblo rey, la complicada administración de justicia; pero tan extensa é importante facultad se hallaba contrapesada con las penas impuestas al acusador declarado calumnioso, quien no podía abandonar la contienda hasta que se pronunciase la sentencia y venía obligado á sufrir la pena correspondiente al delito denunciado.

Bajo este punto, son notables las disposiciones del *Fuero Juzgo*. Si el acusador, dicen las leyes del libro sexto, no es persona de buena vida y buena fama, no se admita la acusación, salvo si esta recayere sobre delito de los llamados de lesa majestad, ó de lesa nación ó sea contra la persona del rey ó contra su señorío.

Las *Leyes de Partida* inspiradas en los preceptos y máximas del derecho romano adoptaron principios altamente laudables en materia de acusación, concediendo en general á todo ciudadano ese derecho, con las restricciones consiguientes á evitar los abusos que pudieran sobrevenir al Estado de una facultad tan absoluta. Ni es del caso, ni podemos al presente, descender á detalles respecto á las leyes que nuestros antiguos Códigos contienen acerca de la materia, porque aparte de que esto nos llevaría demasiado lejos, el sistema acusatorio moderno, el sistema de enjuiciar conocido con este nombre y adoptado en Europa, difiere muchísimo, de la acusación, tal cual antes se entendía.

El proceso de acusación moderno es un verdadero combate judicial, un duelo jurídico entre acusador y acusado, en que ambos contendientes, por las armas de la persuasión y de las pruebas, procuran llevar al ánimo del juez el convencimiento de la verdad y de la justicia de su causa, y así como, en el procedimiento civil, el juzgador se limita á practicar estrictamente lo que proponen las partes, sin otra condición que el de ajustarse á la ley, y el actor la correspondiente demanda en que consigna los hechos, los fundamentos legales y la súplica, de un modo análogo, el acusador expone los puntos de su denuncia, los cargos contra el acusado, al paso que éste los desvirtúa, esgrimiendo sus medios de defensa, patentizando ó procurando patentizar lo infundado de la imputación que se le atribuye. Las bases fundamentales de este sistema, seguidas por el Código de procedimiento penal de Alemania, son en síntesis las siguientes:

1.ª El acusado goza de multitud de derechos verdaderamente excepcionales; los artículos 137 al 150 del mencionado Código, le facultan para valerse de defensor desde el primer momento, permitiéndosele inspeccionar lo actuado en la instrucción, con tal que no se comprometa el objeto de ésta y en ningún caso se le puede negar la comunicación de la diligencia de declaración de los peritos, del mismo acusado, y todas aquellas en que consten actos judiciales á los que tenga el defensor derecho á asistir. 2.ª No puede decretarse la detención provisional (art. 112) contra el presunto reo, á no ser que existan graves sospechas y se recele además que quiera fugarse ó se tema que haga desaparecer las señales del hecho, induzca á los testigos ó cómplices á declarar en falso ó haga que aquellos nieguen su testimonio, haciéndose constar en los autos estas circunstancias para evitar arbitrariedades de los jueces. Sin embargo, no es menester que resulte motivada la sospecha de que el presunto reo tiene la intención de fugarse; cuando la instrucción es por causa de un crimen ó el reo no tuviere domicilio conocido; sea vago; no pueda identificar su persona, ó cuando siendo extranjero, se dude de que obedezca á la citación, para comparecer ante el Tribunal y que se someta á la sentencia. En todos estos casos, el procesado que haya sido detenido, no más que por sospechas de que intenta fugarse, quedará libre, prestando caución. 3.ª La incoación de toda instrucción judicial debe subordinarse á la acción correspondiente: predomina la publicidad absoluta del sumario, pudiendo la denuncia ser verbal ó escrita, y, en todo caso, siempre que llegue á noticia de los funcionarios que deben perseguir al delincuente, averiguarán antes las circunstancias del delito para deducir si procede la acción pública, haciendo constar lo mismo las pruebas de cargo que las de descargo, y recogiendo aquellas, cuya desaparición pueda temerse. La instrucción judicial procede en los asuntos criminales, cuyo conocimiento corresponde al Tribunal Supremo del Imperio y á los jurados, siendo necesario que la pidan el fiscal ó el procesado, para que pueda tener lugar en las causas de que conocen los Tribunales regionales. En el caso de que lo pida el fiscal tiene obligación de designar la persona inculpada y el hecho que se le imputa; el juez de instrucción debe empezarla y proseguirla, limitándola á lo que sea meramente necesario para fundar el auto, abriendo el juicio

principal ó declarando que no ha lugar á seguir el proceso. 4.^a Consecuencia de los principios sentados en la base anterior, es que los debates sean orales y amplios: orales, porque, como digimos arriba, el juez asiste y preside, examina y recoge los datos y pruebas, para fallar con arreglo á ellas; por lo tanto, la instrucción escrita sería inútil, cuando el sistema supone que todo lo ve, presencia, escudriña y aquilata el juez, consistiendo la perfección en que las actuaciones y diligencias judiciales no se interrumpan, observándose, siempre que sea posible, la unidad del acto, el *unuscontestu* de los romanos: la amplitud de los debates, prescindiendo de la solemnidad y de la publicidad más absoluta, requiere la ecuación de medios, circunstancias y condiciones entre el acusador y el acusado, entre el demandante y demandado, entre el procesado y la sociedad, permaneciendo el juez en una situación completamente neutral, hasta el punto que no le es lícito insinuar preferencias ni más elementos que los de cargo y descargo aportados por las partes en juicio. La absolución ó condena del acusado ha de fundarse precisamente en los datos y elementos probatorios, alegados y demostrados durante el curso de la contienda judicial, porque el principio que domina en la materia, según la opinión de un distinguido procesalista extranjero, descansa en la máxima de que esta misma apreciación, no es sino una operación al alcance de todo ciudadano, dotado de sana razón, madurada por la educación y la experiencia. En resumen, la publicidad y oralidad del juicio, la libertad personal del acusado, la igualdad entre la acción pública y el reo, la libertad, según algunos, en la elección de jueces, son las bases más importantes de este sistema.

Comparado con el inquisitivo, se descubren al punto las diferencias cardinales que los separan, porque si en éste, no hay juicio cuando el acta de acusación no se formula, no se entabla, en aquel por el contrario, el magistrado procede y obra siempre de oficio, no á instancia de parte: si en el acusatorio la oralidad es preferida, en el otro, por el contrario, se concede el predominio á la escritura: si en aquel la publicidad se proclama como máxima primordial del litigio, en este, por el contrario, el artificio encarna en el secreto más absoluto; si la libertad provisional del reo, la no interrupción de las actuaciones y la libre apreciación de las pruebas son las bases del primero, la detención, el tormento y la pri-

sión del reo, la no continuación en el mismo acto de las diligencias y la tasación rigurosa de las pruebas, son elementos característicos del segundo; por último, si en el uno se procede por vía de análisis, el otro funciona á medio de grandes síntesis. Estudiados ambos fundamentalmente y á la luz de los principios históricos, parece que la sociedad ejerce en ellos influjo decisivo, como ya se hizo notar por doctos escritores, hasta el punto de opinar el italiano Carrara que el sistema acusatorio, de sencilla y facil aplicación, exige, para su desenvolvimiento y desarrollo, una Constitución política libre y una civilización adelantada: pensamiento é idea emitida con anterioridad por Mittermaier, quien la fundamenta manifestando que, en los países democráticos, el pueblo entiende que la acusación dirigida contra un ciudadano, es un peligroso ataque á la libertad civil é individual y de aquí sus recelos contra el poder y su afán en buscar garantías contra el abuso. Sin embargo, de opiniones tan respetables, me será lícito hacer observar, que no son concluyentes los argumentos expuestos, porque discurriendo lógicamente ningún ciudadano puede mirar con prevención, que la sociedad adopte sus medios de defensa contra el crimen, ni puede considerarse atacada en sus libertades civiles y políticas, persona alguna, porque se condene al que ha conculcado las leyes, que son la salvaguardia del orden social. Por otro lado, Mittermaier, eminente (decano de la Universidad de Heidelberg, falleció á los ochenta años, el 31 de Agosto de 1867 y desde entonces se han operado cambios tan radicales en las Constituciones políticas europeas, han sufrido reformas tan trascendentales las modernas naciones, que con seguridad puede afirmarse, que el ilustre práctico habría modificado su opinión, viendo que los imperios de Alemania y Austria aceptaron el sistema acusatorio, y que hasta en Rusia rige el juicio por jurados.

Al lado de los sistemas antes mencionados existe otro, que participa de la naturaleza de ambos; que recogiendo lo más selecto de uno y de otro, pretende fundir en uno los elementos mejores de ambos, para investigar por este método, la verdad de las actuaciones en el descubrimiento de los delitos y de sus autores. Semejante sistema apellidado mixto y por otro nombre ecléctico, si tiene muchas ventajas, no deja tampoco de ofrecer inconvenientes, que han sido magistralmente expuestos por la docta pluma de Carmignani

en su obra de *Elementos de derecho criminal*. A nosotros fieles expositores y nada más de las formas de enjuiciar, solo nos incumbe manifestar lo que otros escribieron, recogiendo los datos que nos ofrecen las obras más notables publicadas respecto de la materia.

Estudiando la naturaleza é índole propias del sistema mixto nos convencemos en seguida de las dificultades casi insuperables que existen para trazar la línea que separa el sistema de los anteriores; con la particularidad, que formado y compuesto de dos, participa del carácter de ambos y al propio tiempo ofrece de suyo una variedad múltiple y diversa que impide diferenciar sus notas características. Por estas razones un distinguido escritor español de derecho procesal, honra de la magistratura, ha dicho con gran verdad que «lo mixto, lo mismo en filosofía que en la física, que en cualquier otra ciencia, es por su naturaleza eminentemente variable, ya que la composición resultante obedecerá á la cuantía de los elementos que la produjeron:..... El cobre mezclado con el estaño produce el bronce, lo mismo tiene lugar y en mayor escala en la naturaleza, donde á cada paso vemos cuerpos compuestos, es decir, mixtos de varios simples; en esos casos tenemos como resultado, efecto de la compenetración, un nuevo cuerpo con propiedades muchas veces distintas etc., pero con el procedimiento mixto no ocurre lo mismo; se toman dosis variables de los dos sistemas explicados y con su unión aparece aquel con iguales caracteres, principios ó condiciones que los originarios». Sin embargo de esto, puede sostenerse que el sistema mixto obedece á dos principios fundamentales, tomados de la inquisición el uno y de la acusación el otro; predomina aquella en la instrucción sumarial, escrita y secreta; empieza el otro con la apertura del juicio, de publicidad absoluta y de solemnidad oral; pero en la aplicación varían los componentes de una manera irregular, hasta el punto de ser difícil clasificar los Códigos europeos, que le adoptaron. Los principios más comunmente seguidos son los siguientes: 1.º Diligencias encaminadas á preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos. Estas diligencias constituyen el sumario: son escritas y secretas, pero solo «en cuanto es ne-

cesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger é inventariar los datos que bastan á comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción, durante los solemnes debates del juicio oral y público». En su consecuencia, la instrucción sumarial, no es el juicio, es solo una preparación del mismo y hubo quien ha opinado fundado en los principios en que descansa el sistema, que debiera quemarse en el mismo momento de la apertura del juicio.

2.º Como uno de los objetos de la instrucción sumarial, consiste aparte de la investigación del delito; y el descubrimiento del autor, en asegurar las personas de los delincuentes y las responsabilidades pecuniarias de los mismos, se consigna como principio, la prisión preventiva del procesado, que restringió convenientemente la ley española, armonizando en materia de fianzas, íntimamente ligada con aquella, los fines de la justicia con los derechos del procesado.

3.º La formación del sumario ya empiece de oficio, ya á instancia de parte, corresponde á los jueces de instrucción, que dirigen las diligencias de investigación, sin más cortapisa que poner en conocimiento del Superior gerárquico suyo y del Ministerio fiscal el auto de incoación, y la ulterior tramitación, en ciertos casos, correspondiendo á la acción pública la inspección en los sumarios, que ejerce de diversos modos, según las distintas legislaciones: en España, por medio de testimonios en relación, suficientemente expresivos; que el juez está obligado á remitir al Fiscal periódicamente ó cuantas veces los reclame éste y en otros países, v. g., en Francia, directamente privando de toda autonomía al juez, que se convierte en un dependiente del Ministerio fiscal.

4.º Duración proporcionada del sumario exigida por los intervalos que deben mediar en la práctica de las diligencias, pero sin el abuso de prolongar indefinidamente el sumario; al efecto, si dentro del mes de haberse incoado un proceso no se hubiese terminado, el juez en España, dará parte cada semana á los mismos á quienes lo haya dado al principiarse aquel de las causas que hubiesen impedido su conclusión.

5.º y último. Practicadas todas las diligencias decretadas de oficio ó á instancia de parte, por el juez instructor, éste, si lo estima oportuno, declara concluso el sumario, remitiendo los autos y piezas de convicción al Tribunal competente para conocer del delito. Desde este momento, se inicia en el proceso otra

fase completamente distinta, y el predominio del sistema acusatorio es absoluto. Empieza el juicio verdaderamente tal y al procedimiento inquisitivo y secreto le sustituye la publicidad y la oralidad; á la desigualdad de condiciones entre el procesado y el Estado, entre el reo y la acción pública sucede la contradicción y la igualdad. Este segundo periodo tiene por base: 1.º La demanda, acta de acusación ó escrito de calificación suscrita por el Fiscal que comprende los hechos que contra el reo arroja el sumario y los demás puntos sobre los que en adelante han de girar los debates: de este modo se consigue, según el legislador español, «que la cuestión criminal que en el proceso se agita ó discute vaya intacta al Tribunal á quien corresponda decidirla: así es como las partes pueden preparar con perfecto conocimiento de causa los respectivos elementos de cargo y descargo y hacer sus acusaciones ó defensas con fé y libertad completas, sin la coacción, siquiera sea moral, que no puede menos de existir cuando el que ha de fallar prejuzga en cierto modo el fallo formulando de oficio el acta de acusación, lo cual lleva naturalmente el desaliento al ánimo de aquel de los contendientes á quien perjudica la calificación jurídica hecha prematuramente, aunque con carácter provisorio por el Tribunal. En algunos países, precede al acta de acusación, aun indagatoria del procesado, de cierta naturaleza, parecida á nuestra antiguo confesión con cargos; así en el Código de Instrucción criminal de Francia (arts. 127 á 131), después de la reforma de 17 Julio de 1856, se ordena que tan pronto como el procedimiento estuviese terminado, el juez de instrucción lo comunicará al procurador de la República, el que deberá dirigirle sus requerimientos dentro de tres días lo más tarde. Este funcionario expone el hecho y sus circunstancias para que con arreglo á ellos, evacue el juez el interrogatorio, respecto del procesado, poniéndole de manifiesto los cargos que contra él resultan y con el fin de que teniéndolos presentes, pueda preparar la defensa en el juicio que va á empezar. 2.º Contestación á las conclusiones fiscales por el defensor del reo, fundada en los datos del sumario y en las instrucciones que le comunique el procesado: así, pues, defensor y reo deben hallarse en constante comunicación; entregarse al abogado copias del acta de acusación y de los medios de prueba, de que intentó valerse la acusación, para que la defensa prepare los suyos, porque el objeto del

sistema, desde la apertura del juicio, consiste en colocar en condiciones de igualdad á ambos contendientes. 3.º Celebración del juicio, en el cual han de practicarse todas las pruebas, á presencia de las partes (requisito *sine qua non*), y apreciación libre de aquellas para pronunciar á seguida el fallo. Otros principios se asignan por los autores como elementos constitutivos del sistema mixto que estamos examinando; pero la brevedad que nos hemos impuesto, y el haber apuntado los principales nos disculpa de entrar en más detalles: por otro lado, la variedad misma del sistema hace imposible determinarlos todos, por lo mismo que los Códigos europeos que le adoptaron, apesar de la unidad del principio, difieren notablemente en la aplicación de las consecuencias. De todos modos, el sistema mixto tiene, según Carrara, la ventaja de la publicidad, opuesta á la arbitrariedad judicial y precave muchos abusos en la administración de justicia, sin que, como es consiguiente, haya imposibilidad de cometer errores. El mal, sin embargo, existe, no como secuela de este sistema, sino como producto de la deficiencia de la razón humana; esos errores son comunes á todas las formas de enjuiciar y las colecciones más usuales de causas célebres están llenas de ejemplos lastimosos de equivocaciones funestísimas y lo que es peor irreparables.

Antes de terminar esta exposición justo es que digamos dos palabras de las teorías sustentadas por la escuela positiva, ya porque no se puede en rigor comprender bajo ninguna de las clasificaciones anteriores, ya porque indudablemente merece por su importancia un lugar preferente en una disertación de esta índole, ya por la resonancia que ha alcanzado en España, ya, por último, porque esta escuela si bien limita la trascendencia de la ciencia penal, en cambio dirige sus esfuerzos á robustecer y agrandar la esfera del derecho procesal. Aún cuando no somos partidarios de tales teorías, no dejamos de reconocer y de alabar el propósito plausible que á su origen y génesis históricos asigna Ferri, quien manifiesta que la principal razón de la existencia de aquella, consiste en la necesidad, por todos sentida, de poner un límite á las exageraciones del individualismo en favor de los delincuentes para obtener mayor respecto á los derechos de los honrados, que son los más. Las razones que esta escuela tiene para conceder más importancia al procedimiento, radican, según el mismo autor á quien tomamos

por guía, en la necesidad que se impone de reformar la actual organización procesal y carceraria en armonía con los nuevos datos de la sociología criminal y en la obligación en que se encuentra la sociedad de recurrir á medios defensivos con el objeto de trasladar la pena del terreno teórico de las amenazas al terreno práctico de la defensa social contra los delincuentes. Las innovaciones que pretende introducir en materia procesal, son en síntesis los siguientes:

Fuente de nuevos indicios alimentada por los datos de la antropología y estadística criminal; el restablecimiento de la igualdad de derechos y de garantías entre los individuos delincuentes y la sociedad honrada, para obviar las exageraciones individualistas de la escuela clásica y la esencia del juicio penal, una vez probado que el imputado es reo, para hacer constar, no ya la responsabilidad moral, sino también establecer á qué categoría antropológica pertenece, y, por tanto, cuál sea su temibilidad.

En consonancia con estas bases, afirma Ferri, que el estudio de los factores antropológicos del delito, la determinación de los caracteres orgánicos y psíquicos del delincuente, sus condiciones personales, las notas indelebles del tatuaje, las líneas de la fisonomía y del cráneo, los datos esfíngográficos, etc., constituyen una serie de nuevos y concluyentes indicios, que han de prestar seguro auxilio y eficaz ayuda á la policía judicial y á la administración de justicia para el descubrimiento é investigación de los delitos y de sus autores. Del segundo principio, antes expuesto, se deduce la necesidad de equilibrar los derechos individuales y sociales, poniendo coto á las exageraciones de ciertas teorías procesales reinantes, introducidas erróneamente, en beneficio de los delincuentes, que son los menos, con perjuicio de los honrados que son los más. Como ejemplos, citan los partidarios de este sistema, entre otros, los siguientes: 1.º Que no debe admitirse en absoluto la teoría, hoy reinante, de la presunción de inocencia del reo, sobre todo en los casos de delito *in fraganti*, cuando ha terminado el sumario, cuando el reo esté confeso y, por último, cuando éste no sea un delincuente ocasional. 2.º Que de la misma manera el delincuente que ha sido condenado por sentencia no debe permanecer en libertad provisional, como sucede en algunos casos, mientras se sustancian los recursos ordinarios y extraordinarios. 3.º Que del propio modo es absurdo contar á

favor del reo, las papeletas blancas é ininteligibles, puestas por jurados ignorantes ó distraídos, ni tampoco que en caso de empate se debe absolver al procesado. 4.º Que las condiciones de igualdad en que el sistema acusatorio coloca al individuo y á la sociedad, cuando aquel delinque, exige rigurosamente la indemnización y resarcimiento de daños y perjuicios á las familias inocentes, de una manera eficaz y directa y no de un modo platónico, cual se practica actualmente. Por último, propone también Ferri, la acción popular en sustitución de la acción penal ejercitada por el Ministerio fiscal. Las consecuencias que se deducen del tercer principio, únicamente defendidas por la escuela antropológica, son mucho más radicales y nuevas. En su virtud, en el juicio penal, una vez que conste la responsabilidad del reo, debe de hacerse constar la categoría antropológica á que pertenece el delincuente, y determinar, por lo tanto, cual sea su temibilidad y su culpabilidad, si es loco, el manicomio criminal, por tiempo indefinido ó para siempre; si es nato ó habitual, á un establecimiento especial para incorregibles; si es de ocasión, la cárcel; si es criminal por pasión, una pena de detención; si es un caso típico, la admonición judicial y siempre el resarcimiento de daños y perjuicios. Por último, tres son las reformas que se originan lógicamente de la base anterior: 1.ª Organización sistemática del dictámen pericial, evitando la propuesta doble de este medio de prueba y haciendo el voto de los peritos obligatorio para los jueces. 2.ª Separación completa de la justicia civil y criminal, creando una Magistratura con dotes y conocimientos especiales en las ciencias antropológicas y sociológicas, y, como consecuencia y tercera reforma fundamental, la abolición del jurado, como anticientífico y contrario á los principios de un buen sistema procesal.

Tales son las teorías científicas de la nueva escuela de derecho procesal, respecto de la que ha dicho un docto magistrado español «que indudablemente debe tomarse acta en el terreno científico y aun infiltrar cierto espíritu de la misma en algunas secciones, hoy del todo deficientes en los Códigos modernos, pues es indudable que la justicia represiva se ocupa muy poco de la persona del delincuente en sí misma: pero de tal modo se exageran los efectos de la antropología, que de recibir los principios enunciados llegarían las cárceles á convertirse en hospitales, los criminales en enfer-

mos y los médicos en verdaderos jueces; y buena andaría la administración de justicia en manos de hombres de ciencia, sí; ahora que no debe sacárseles de su papel de peritos, en el que están llamados á prestar excelentes servicios.»

Hemos expuesto con la brevedad que las circunstancias exigen las escuelas y sistemas más conocidos en la materia y al presente cúmplenos fijar los principios fundamentales en que el derecho procesal descansa.

La ciencia del derecho procesal no es rama aislada de las demás ciencias jurídicas, antes al contrario, tiene con ellas íntima y estrecha relación. El derecho es una ley moral, no meramente especulativa, sino eminentemente práctica, que gobierna nuestra conducta, que rige nuestra actividad, como seres sociales, y cuyo fin es, según se ha dicho profundamente, la realización del bien, en consonancia con el destino del hombre, y á cuyo cumplimiento puede este ser obligado por medio de la coacción: pero ni el hombre podría realizar sus fines, ni se concibe aquél aislado, ni sería tampoco posible que vivieran las agrupaciones sin poderes, sin leyes, ni autoridades. De aquí es que, como decíamos al principio, las ideas de moral, de derecho, de hombre y de sociedad son, en abstracto, conceptos éticos íntimamente relacionados y de aquí también la necesidad de un poder, de una institución encargada de realizar el derecho, de definirlo y aplicarlo. Ni nos corresponde á nosotros, ni aunque quisiéramos nos permite la índole de este trabajo, determinar formal y concretamente la noción y fundamento del Estado; pero sí conviene á nuestro propósito hacer constar, que es innegable el derecho de la actividad de aquel que se subdivide en varias ramas correspondientes á las funciones del mismo ó sea derecho legislativo, gubernativo, administrativo, procesal ó judicial y armónico ó moderador. Que bajo este punto de vista, el derecho procesal ó judicial, como le apellidan más científicamente los italianos, tiende á estudiar y de hecho estudia el orden judicial y en su consecuencia investiga todo lo relativo á la organización del poder judicial, á las funciones y procedimientos judiciales. De intento hemos adoptado esta explicación, que introdujo en España un docto catedrático, para desenvolver sistemática y científicamente la verdadera noción de esta ciencia. Es innegable que el poder público, tiene el derecho de dirimir en

lo civil las contiendas que surjan entre los particulares en sus mutuas relaciones y es del mismo modo incuestionable que le corresponde de igual manera la represión y castigo de todos aquellos actos que conculcan las leyes: así, pues, en los casos en que tengan lugar las colisiones y contiendas de esta ó de aquella índole, es evidente que se origina la necesidad de declaraciones ó represiones de las que las leyes civiles ó penales serían completa y absolutamente ilusorias. Por otro lado, sería imposible declarar á quien pertenece un derecho discutido, ni aplicar una pena cualquiera, sin que antes precedan una norma, una regla, una ley, para comprobar en todos los casos las circunstancias y condiciones de los hechos que van á declararse y pensarse con las que previamente están preceptuados como determinativas y prohibitorias. En ese largo examen y proceso se funda incuestionablemente toda la teoría procesal, cuyo fin como se ve, es esencialmente político, porque al cabo se traduce en garantías para el individuo y al propio tiempo para la sociedad. De conformidad con estos principios, no debe confundirse el derecho que estudia cuestiones tan trascendentales, con el mero procedimiento, porque existen entre ambos diferencias importantes. El procedimiento *procedere* no es más que ese conjunto de actuaciones prescriptas desde que se inicia hasta que se termina la causa ó el pleito: el derecho judicial es la ciencia que estudia la organización, la función y los procedimientos judiciales: pertenece al orden abstracto de conocimientos jurídicos el uno; estudio el otro, formas y reglas prácticas: el derecho judicial examina todas las cuestiones que entraña la naturaleza del poder, del órgano, de la función judicial: el procedimiento analiza solo, trata exclusivamente de formas, de reglas jurídicas formales: el derecho judicial plantea y resuelve los problemas relativos á la naturaleza de las instituciones judiciales, las ventajas de este y del otro sistema, los progresos y reformas que deben introducirse; los defectos de que adolecen: el procedimiento está circunscripto á la ritualidad y práctica de los preceptos establecidos: el derecho judicial, cuya síntesis es la investigación de la verdad para declarar derechos dudosos ó aplicar las penas por las infracciones cometidas, analiza todas las cuestiones relativas á la certeza, á la evidencia moral, á la fé del testimonio, á la experiencia interna y externa, el procedimiento, después que la teoría inquirió la mejor regla,

no se ocupa más que de aplicarla. Considerado en este, respecto el derecho judicial no puede tener el carácter que le asignaba Benthan, famoso jurisconsulto, que se distinguió siempre por la originalidad que supo imprimir á sus escritos. Según él, las leyes procesales son adjetivas, á diferencia de las civiles, que son sustantivas, porque declaran derechos y obligaciones. Pero semejante distinción carece de exactitud, porque «las leyes adjetivas ó secundarias, como dicen notables publicistas, se inventaron para allanar las dificultades que fueran sucediéndose en la aplicación de las leyes naturales, primeras inspiraciones de la infancia de las sociedades: debían precisamente acomodarse á las circunstancias y situación especial de cada época y seguramente que debiendo retratar las costumbres de un país y ser el complemento de sus necesidades, desde luego se comprenderá que deben cambiarse, modificarse ó derogarse, según las variaciones que sufran las costumbres de un pueblo. ¿Y cabe decir esto de todas las reglas, de todos los principios en que debe fundarse un sistema de procedimientos? A la manera que las leyes civiles tienen sus principios fundamentales, que no es dado cambiar sin barrenar las bases en que descansa la sociedad, así también el procedimiento tiene principios inmutables de justicia, que han resplandecido en todos los pueblos y que no han podido ocultarse, tan claros son, á la rudeza de las primeras edades. *Nadie debe ser condenado sin ser oído*, ha proclamado la ciencia, como una verdad eterna, consignada por los romanos en sus Códigos; la prueba incumbe al que afirma es otra verdad de sentimiento: así como que no debe permitirse al demandante lo que está prohibido al demandado. «Las leyes que reconozcan estos y otros principios de igual naturaleza, no pueden ser consideradas como adjetivas en el sentido que les dá Benthan: son leyes fundamentales, preceptos del derecho preexistente, de ese derecho anterior á toda ley civil, tipo impercedero de la justicia divina».

Otro carácter se asigna á esta ciencia que no debemos omitir. Se ha discutido mucho entre los autores acerca del carácter sancionador del derecho judicial, y para determinarlo con acierto, lícito nos será exponer algunas ideas previas. Para estos efectos, se ha dividido el Derecho en dos grandes ramas, una de las cuales señala las diferencias entre el bien y el mal, y la otra aplica la pena al que descono-

ciendo y despreciando el primero, ejecuta el segundo, y así bien se ha denominado derecho determinador al primero y sancionador al último. En tal concepto, es lógico, que si por derecho sancionador se entiende aquel que viene á normalizar la perturbación jurídica ó que declara derechos desconocidos, la ciencia que nos ocupa puede y debe con razón apellidarse sancionadora, con tanto mayor motivo cuanto que el derecho procesal ó judicial es el que vivifica, realiza y practica el derecho; es el que estudia las instituciones judiciales y nos prescribe las reglas y formas para conseguir el restablecimiento del derecho de una manera eficaz, pronta, rápida y efectiva.

En resumen: el derecho procesal no merece en rigor esta denominación. Con más precisión y de una manera más científica, debiera apellidarse derecho judicial. No debe confundirse esta ciencia, con el mero procedimiento, porque sus leyes son substantivas, no adjetivas, y solo cuando despues de estudiar los principios nos presenta la mejor forma, es cuando se le puede asignar el carácter de formalista. Por último, el derecho procesal tiene, si cabe, mayor importancia que las otras ciencias jurídicas, porque nos demuestra la utilidad final de estas; es el movimiento, la acción y la vida de aquellas.

Veamos, ahora, cómo el derecho procesal comprende tan importantes problemas. Desde el momento que se comete un delito, existe una perturbación, una violación del orden jurídico, que es preciso reparar, aplicando la pena al que conculcó la ley: de aquí surgen ya dos cuestiones de gran importancia, que no es lícito confundir, y que corroboran la teoría sustentada más arriba por nosotros: la primera, se refiere á la persona ó autoridad que ha de concurrir al efecto de aplicar la pena y la segunda las reglas que han de observarse en esa misma aplicación: aquella entraña todos los problemas relativos á la jurisdicción en general, y, por consiguiente, á la organización, atribuciones, competencia y facultades del poder judicial: la otra solamente estudia las prescripciones rituarías como complemento de la primera. La jurisdicción trae su origen «de la necesidad de revestir las leyes de una sanción que las diera actividad, vida y eficacia para que fuesen obedecidas y respetadas y de establecer los medios necesarios para hacer entrar en las vías de la justicia todos los intereses particulares que se combaten y para

imponer á las pasiones desordenadas un freno que las contuviese y reprimiera. Esta sanción se encuentra en la institución de una autoridad ilustrada é imparcial, con la potestad necesaria para aplicar las leyes y con la fuerza necesaria para llevar á efecto esa aplicación: de una autoridad revestida del poder de determinar las relaciones de los actos ó contratos en los casos en que hay controversia sobre los derechos y deberes de los ciudadanos con las disposiciones de las leyes, para decidir y juzgar cuáles son aquellas á que estas favorecen, cuáles los que han infringido las disposiciones legales y aplicar la sanción civil ó penal que en ellas se establece; de una autoridad con la potestad de intervenir en los actos que fijan derechos que afectan al interés público para revestirlos de la solemnidad debida y vigilar por la observancia de las leyes sobre los mismos.» Tal es esa potestad pública que conoce y estudia los asuntos civiles y criminales para sentenciarlos con arreglo y sujeción á las disposiciones legales, y cuyo ejercicio, en casos determinados y concretos, constituye la competencia, es decir, la facultad conferida por la ley al juez, para conocer y sentenciar un asunto con exclusión de los otros jueces. La materia ó entidad del negocio controvertido, el territorio, la sumisión expresa y tácita son elementos de aquélla, por los que se distingue la parte civil de la criminal, la que corresponde á jueces de diferente grado y por los que se asigna á un juez determinado el especial y esclusivo conocimiento de un negocio: la competencia es absoluta, cuando no dependa de la voluntad de las partes, y relativa la que fundada en el territorio puede ser alterada por el consentimiento de los litigantes; principios en parte modificados por las reglas de la continencia ó afinidad en que descansa la acumulación. La jurisdicción y la competencia son los elementos personales del juicio, y de que aquí, que nuestras leyes de enjuiciar tratan de estas materias en sus primeros títulos y resulten á las veces algún tanto confusas las prescripciones de estas, porque involucran principios de organización con bases y reglas de enjuiciamiento: el elemento personal tiene como base principal al juez, á la persona encargada de la administración de justicia, constituyendo la distinta posición que aquel ocupe, en punto á la investigación de la verdad, la diferencia entre el derecho procesal civil y penal y arrancando de idéntico principio la diferencia entre las

varias formas judiciales en el procedimiento. La circunstancia de haber examinado detenidamente los sistemas principales de enjuiciar y el deseo de no incurrir en repeticiones enojosas nos impiden desenvolver los puntos capitales, antes mencionados, por más que nos creemos en el caso de desarrollar los principios elementales, los prolegómenos de la sustanciación en orden al juicio, tanto civil como penal.

Todo proceso judicial, dice á este propósito un escritor italiano, reconoce como necesario antecedente la lesión de un derecho, inferido positiva ó negativamente. La lesión contradice la existencia del Derecho, pero es esencial en esta la posibilidad de hacer imperar sus fines, obteniendo del Estado la protección necesaria para conseguirlo. Esta energía ó potencialidad del Derecho, en cuya virtud se impone, por vías y medios judiciales, mostrando su intrínseca fuerza contra todo acto que lo lastime, no es otra cosa que la acción (*actio*) en sentido material, relacionada con la acción en el sentido procesal, que significa el medio de que una persona puede valerse para sostener en juicio su propio derecho. Por otro lado, los tribunales encargados de la administración de justicia, no podrían ejercer su altísima misión, si al mismo tiempo que se establecieron las formas que debieran observarse para la investigación de la verdad y garantía de los derechos individuales, no estuviesen preceptuadas ciertas formas ó medios de que se valiesen los que se ven obligados á acudir á los Tribunales en reclamación de lo suyo ó pidiendo la reparación de un agravio, constituyendo, por lo tanto, la verdadera naturaleza de la acción, el medio ó la fórmula de que nos valemos para reclamar en juicio lo que es nuestro ó se nos debe, ó la reparación de un agravio que se nos ha causado. La acción, por consiguiente, aunque supone un derecho, no es el derecho; la acción, aunque se origine de aquel, no es una cosa misma con él; antes al contrario, existen entre ambos diferencias esenciales. Un ejemplo aclarará más la idea. Para solventar las deudas contraídas por un amigo, le entrego una cantidad determinada que precisamente me ha de devolver en el término de un año: es, por lo tanto, evidente, que trascurrido el plazo tengo derecho á seguirle la devolución del capital prestado. Hasta ahora nos encontramos en la esfera del derecho civil; pero si por efecto de la morosidad del deudor, me veo precisado á exigir judicialmente el pago, entónces habré de de-

ducir contra aquel la acción correspondiente, y entrando ya en el terreno del derecho procesal, del procedimiento, examinaré la forma en que se constituyó la obligación: si ambos se comprometieron por escritura pública, el título es ejecutivo, y, en su virtud, la acción ejecutiva también, y si el documento es privado, y el deudor no le reconoce, la acción es ordinaria: en el primer caso, la acción es el derecho; en el segundo, el medio, la fórmula que tenemos para ejercitar aquel, para promover y entablar ante el juez competente la oportuna demanda: de manera que aquella existe antes que ésta: por eso se dijo acertadamente: *actio, ut quisque contraxit, statim ei competit, et dominus amissa possessione jus habet statim, id est, antequam praetor adeatur*. Difiere también no solo del derecho, de donde se origina y de la demanda, sino de la misma instancia judicial, que no es otra cosa que el ejercicio del derecho, porque existe antes de promoverla, y cuando es infundada, sin derecho alguno en que se apoya. *Actio si quidem consistit*, dice Parladorio, *in jure eum nihil aliud sit quam jus persequendi in iudicio quod sibi debetur: intensio vero consistit in facto; est enim ipsius actionis apud iudicem propositio seu persecutio*. No es ni la postulación ni el libello, porque la primera es *desiderium suum vel amici in jure exponere, vel alterius desiderio contradicere*; la segunda *est scriptura seu formula in qua intensionem seu postulationem nostram iudice exponimus*. El origen de todos es el siguiente, según el mismo autor: *ex causa igitur seu contractu nascitur obligatio: ex obligatione oritur actio: ex actione exurgit intensio: ex intensione confiscitur libellus*. Como hemos dicho antes, las acciones nacen del derecho y por lo tanto tienen que participar de su misma naturaleza; por esto, son trasmisibles, pueden pertenecer á varios, son divisibles y los ciudadanos pueden ejercitarlas en la proporción en que han adquirido los derechos de donde aquellas parten.

De aquí procede su carácter general, y el haber sido reconocidas en todas las legislaciones positivas, y el que los autores de jurisprudencia las consideren como pertenecientes al derecho de gentes, según la antigua clasificación; por más que las fórmulas de aquellas hayan variado mucho, como se colige á primera vista con solo comparar el complicado sistema de acciones, que regía en Roma, con la simplicidad adoptada modernamente en Europa y hasta en España, después de la publicación de nuestras vigentes leyes de enjuici-

ciar. Los romanos, con la minuciosidad y formalismo á que eran muy dados, creyeron que el legislador estaba en el caso de fijar para el ejercicio de cada acción jurídica una fórmula especial, complicando, de este modo, la administración de justicia, y haciendo, en cierta manera, depender el derecho de la observancia estricta del infinito número de ritualidades que se establecía para cada caso especial. En Inglaterra, se reconoce como principal fundamento del sistema de acciones el daño causado, y éste como un simple hecho que produce la privación de un derecho que debe restituirse, siendo la acción el medio por donde se consigue aquel resultado. Las restantes naciones, especialmente aquellas en que la legislación romana ha prevalecido, conservaron durante mucho tiempo la complicada máquina de las acciones, que admitía aquella legislación, hasta el punto que la ley procesal civil española de 1855 ordenó en su art. 224 que en la demanda debía el actor determinar la clase de acción que se ejercitara: principio mitigado al poco tiempo por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que declaró en sentencia de 7 de Octubre de 1858 que no era necesario designar la acción con su nombre técnico y propio: porque bastaba determinar con claridad lo que se pedía ó la clase á que aquella pertenecía y enteramente abolido por la ley vigente que únicamente quiere se exprese la clase de acción que se ejercita, cuando por ella haya de determinarse la competencia. Fuera de esto, la clasificación de las acciones en reales y personales es esencialmente romana y sin que desconozca la opinión del eminente Savigny, quien afirma no existe perfecta correspondencia entre la acción real y personal del Derecho moderno y la *actio in rem* y la *impersonam* del Romano, es lo cierto que en lo fundamental las leyes procesales europeas coinciden con aquellas, sin que hayamos adelantado un paso en la materia. Justiniano decía en la *Instituta: Omnium actionum: quibus inter aliquos apud iudices arbitrosve de quacumque queritur, summa divisio in duo genera deducitur aut enim in rem sunt aut in personam. Namque agit unusquisque aut cum eo, qui ei obligatus est..... aut cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est, movet tamen alicui de aliqua re controversiam. Quo casu prodite actiones in rem sunt.* Y más adelante, en el párrafo 20 del mismo título, completa la división con el último miembro de la misma, objeto de larga discusión entre los comentaristas: *Qucedam actiones mixtam causam*

obtineri videntur, tam in rem, quam in personam. Esta clasificación como decíamos antes, ha sido generalmente aceptada en Europa: el art. 90 del Código de procedimiento civil de Italia, dice: En los juicios en que se ejerciten acciones personales ó reales sobre bienes muebles será juez competente el del lugar en que el demandado tenga el domicilio ó residencia. Las acciones mixtas sobre petición y división de herencia (art. 94) se propondrán ante la Autoridad judicial del lugar en que se abra la sucesión. Podrán intentarse igualmente ante el Tribunal competente en materia real las acciones personales que se formulen contra el propietario ó detentador de un inmueble (art. 27 del Código de procedimiento civil del Imperio alemán). Podrán intentarse conjuntamente la acción real hipotecaria y la relativa á la obligación personal art. 26. Por último la misma clasificación aceptó nuestra ley en su art. 62.

En contraposición al derecho del actor, existe ó puede existir el derecho del demandado: á la acción se contrapone la excepción, forma ó medio jurídico de defensa directa ó indirecta, absoluta ó relativa, empleada por el reo para perimir, enervar ó destruir el ataque; por eso Cuyacio decía: *exceptiones sunt clypei reorum, actiones sunt tela.* Las excepciones son la mano izquierda, las acciones la derecha: así Cicerón hablando de Celio, dijo: *bonam dexteram habere, malam sinistram, uti telo, scite, non clypeo.* Por su eficacia, se dividen las excepciones en perentorias y dilatorias, definidas por Gayo, de este modo: *Dicuntur exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae. Peremptoriae sunt, quae perpetuo valent, nec evitari possunt, velut quod metus causa aut dolo malo aut contra legem senatus ve consultum factum est..... Dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus nocent; veluti illius pacti conventi, quod factum est, verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim ex tempore, non habet locum exceptio.* Los comentaristas en su afán de distinguir, admiten, además, una nueva clase, las excepciones mixtas ó anómalas, que participan de la naturaleza de la dilatoria y perentoria. De todos modos, como observa Pasquale del Giudice, sobre la base de la acción y de la excepción, se desarrolla todo el procedimiento, cuyas varias fases é incidencias no son más que la actuación sucesiva de aquellas formas legales. El actor expresa en la demanda (*libellus*) la acción, el demandado formula su excepción, en la contestación, (*lapis angularis et fundamentum totius*

judicii) podrá si se quiere replicar (*replicatio*)—*replicare*—el actor, y duplicar (*duplicatio*)—*duplicare*—el demandado; pero de todos modos, siempre las acciones y excepciones, serán las que establezcan los términos del litigio, las que plantean el debate, las que fijan definitivamente los puntos de la contienda jurídica.

Los hechos controvertidos en la discusión necesitan depurarse, porque las afirmaciones rotundas del actor son rechazadas, en todo ó en parte, por el demandado; de aquí la necesidad de descubrir la verdad á través de los asertos de ambos litigantes. «Si la ciencia del derecho, dice Bonnier, se dirige á satisfacer la conciencia humana por su objeto, que no es otro que la consagración de las reglas de la justicia en cuanto interesa á la sociedad su sostenimiento, esta ciencia responde igualmente á una necesidad de la humanidad; cuando se propone por objeto, en la esfera que le está señalada, el descubrimiento de la verdad, tan necesario á la inteligencia del hombre como lo es la justicia á su conciencia. Descubrimos la verdad cuando hay conformidad entre nuestras ideas y los hechos del orden físico ó del orden moral, que deseamos conocer. Probar es establecer la existencia de esta conformidad. Las pruebas son los diversos medios por los cuales llega la inteligencia al descubrimiento de la verdad: es, como dijo D. Alfonso el Sabio, *averiguamiento que se hace en juicio*, en razón de alguna cosa que es dudosa: *rei dubice in iudicio verificatio*, como glosa Gregorio López. La teoría general de la prueba es la que mejor demuestra la excelencia del derecho procesal: su importancia es tan grande, que los voluminosos tratados escritos para investigar principios en que aquella descansa entrañan, en puridad, las cuestiones más arduas de la filosofía y los problemas más abstrusos de la metafísica; por otro lado, la naturaleza de aquella es eminentemente práctica, principio que asentó el juriscunsulto Paulo con elegante frase: *Duo sunt Titii, pater et filius; datus est tutor Titius, nec apparet de quo sensit testator; quero quid sit juris? Respondit, it datus est quem dare se testator sensit. Si id non apparet, non jus deficit, sed probatio.*

Todo el sistema de las pruebas se halla basado en lo que los lógicos llaman criterios, esto es, los medios que tenemos para investigar la verdad; por esto la evidencia interna y externa juega un gran papel en aquellas, porque al fin y al

cabo, estas son la base de toda certidumbre judicial. Por la primera, estamos ciertos de nuestra propia existencia; por la segunda, de los hechos que pasan á nuestro alrededor; por ella inspeccionamos y reconocemos lo que nos rodea; de aquí los medios de prueba que distinguimos con los nombres de inspección ocular y de reconocimiento judicial. Pero como nuestra inteligencia es limitada, de la misma manera que lo es el alcance de los sentidos externos, sucede en muchas ocasiones que no podemos apreciar por nosotros mismos los hechos sometidos á nuestra observación y entonces nos valemos de terceras personas que poseen conocimientos especiales en la materia; de la misma manera que nos servimos, como dice un autor notable de instrumentos de óptica, para suplir la imperfección de la vista. Esta es la prueba conocida en el derecho procesal con el nombre de dictamen pericial, auxiliar poderoso de la prueba directa.

Pero en rigor, la verdadera prueba estriba en investigaciones de la inteligencia sobre determinados objetos para encontrar la verdad, apoyada aquella en las leyes de la naturaleza física ó moral: y la sana razón y el sentido común están acordes en reconocer como una de las principales la fé que prestamos al testimonio de los demás. Circunstancias de lugar y tiempo nos impiden ó presenciarse los objetos ó deducirlos por el mero raciocinio, viéndonos obligados á confiar para descubrir la verdad á lo que nos refieren las personas ante las cuales pasaron los hechos. Aplicando estos principios de la lógica á la teoría de las pruebas: se ve que el testimonio puede dimanar ó de los mismos litigantes ó de terceros, bien sin solemnidad alguna ó bien revestido de ciertas condiciones que le den más eficacia y verosimilitud. El testimonio en el primer caso, es la confesión del demandante ó demandado; es la prueba de terceras personas, de testigos, que si deponen en un escrito público ó privado, inducen á que creamos mejor su dicho. Por último á falta de los anteriores medios de comprobación, la inteligencia se vale en muchas ocasiones de conjeturas y presunciones para investigar la verdad: de adquirir los indicios. En resumen, todo el sistema de prueba puede según la lógica reducirse á la clasificación siguiente según Bonnier, á quien seguimos en este particular.

PRIMER CATEGORÍA.—*La experiencia personal.*

Inspección ocular ó reconocimiento judicial.

Dictamen pericial, complemento de la experiencia personal.

SEGUNDA CATEGORÍA.—*Fé en el testimonio.*

Pruebas propiamente dichas, subdividiéndose en:

Pruebas simples.—La confesión.

Prueba testimonial.

Pruebas preconstituídas.

Documentos privados.

Documentos ó títulos auténticos.

Libros de comerciantes.

TERCERA CATEGORÍA.—*Presunciones.*

Simples, y

Legales.

El deber de la prueba incumbe al que afirma, porque reclama una modificación del estado jurídico en lo que forma objeto de la contienda. El derecho romano sentó este principio de un modo terminante: *ei incumbit probatio, qui dicit, non qui negat (Dig.) Ut creditor qui pecuniam petit numeratam, implere cogitur, ita rusum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem prestare debet.* (Ley 1.^a, Tit. XIX, lib. 4.^o del Código). D. Alfonso lo consignó en las *Partidas*, con estas palabras: *Naturalmente pertenece la prueba al demandador, cuando la otra parte negase la demanda, ó la cosa, ó el fecho, sobre la pregunta que le hace. Ca si non lo probare deben dar por quito al demandado de aquella cosa que non fué probada contra el: é non es tenuta la parte de probar lo que niega, porque non lo podrá facer bien, asi como la cosa que non se puede mostrar.* El Código Napoleón, en su art. 1315, preceptúa que el que pide el cumplimiento de una obligación debe probarla, y, vice-versa, el que pretenda librarse de ella, justificar la paga ó el hecho que produjo la extincion de su obligación. El Código civil vigente en España, casi tradujo al francés en esta parte: Incumbe la prueba de las obliga-

ciones—dice el art. 1214—al que reclama su cumplimiento y la de su extinción al que la opone. En su consecuencia, cuando la negativa envuelva una afirmación, continúa rigiendo el principio, según la repetida máxima: *reus escipiendo fit actor*, ó, como dijo el Digesto: *in exceptionibus dicendum est, reum partibus actoris fungi oportere*. La negativa del hecho es por naturaleza improbable, si no envuelve afirmación ó fuera del caso que los prácticos llaman *coartada*, que explica el Código con ejemplos: *si tamem in eadem civitate utraque persona in eo die commanet in quo hujusmodi instrumentum conscriptum est: nisi is, qui dicit sese vel adversarium abfuisse, liquidis, ac manifestissimis probationibus et melius quidem si per scripturam, vel saltem per testes undique idoneos et omni exceptione majores ostenderit, sese, vel adversarium suum eo die civitate abfuisse*.

Los medios de prueba más comunmente empleados son los siguientes: Confesión en juicio que es respuesta de otorgamiento que hace la una parte á la otra: su importancia y fuerza probatoria es muy grande y de aquí el aforismo de la (Ley 1.^a, Tít. II, lib. 42 del Digesto). *Confessus pro judicato est, qui quodammodo sua sententia damnatur*; que nosotros hemos traducido por aquello de *á confesión de parte, relevación de pruebas*. Los requisitos de este medio de prueba se contienen en los dos dísticos tan conocidos de

*Major, sponte, sciens, contra se, ubi jus fit et hostis,
Certum, lisque, favor, jus nec natura repugnet.*

Las divisiones más principales son la de expresa, tácita, simple, calificada, dividisa é indivisible judicial y extrajudicial, aunque esta última, en rigor no es más que un simple fundamento de prueba, cuya eficacia depende de los otros medios probatorios. La ley 2.^a, Tít. VII, lib. 2.^o, del *Fuero Real*, niega todo valor á la confesión extrajudicial. *Toda conoscencia fecha fuera de juicio no vala*. La judicial se practica, previo juramento, decisorio é indecisorio: por el primero la parte que lo pide desiere y se obliga á pasar por lo que jure la otra, terminando de este modo sus diferencias. El segundo puede ser diferido por el juez, cuando la prueba es insuficiente para estimar una cosa, cuyo valor no pudo apreciarse de otro modo. Más importancia tiene en lo civil, la prueba escrita, la instrumental, que sirve en juicio para la instruc-

ción de una causa y averiguación de la verdad, tomada la palabra en su mayor generalidad, que era el concepto que el vocablo tenía en Roma: *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tan testimonia, quam personæ instrumentorum loco habentur*. Su importancia fué ya reconocida por el rey sabio en el proemio del título XVIII, Partida 3.^a: *El antigüedad de los tiempos es cosa que face á los omes olvidar los fechos pasados. E porende fue menester que fuese fallada Escritura porque lo que ante fuera fecho, non se olvidase é supiesen los omes por ella las cosas que eran establecidas, bien como si de nuevo fuesen fechas. E mayormente porque los pleytos, é las posturas é las otras cosas que fazen é ponen los omes cada día entre si, los unos con los otros, non pudiesen venir en duda é fuessen guardadas en manera que fuesen puestas*. Los escritores antiguos distinguían tres clases de documentos: auténticos, que hacen fe por sí mismos, sin que necesiten para su eficacia aditamento alguno (*que per se fidem faciunt neque requirunt aliud adminiculum ad suam validitatem*) en cuya clase comprendían los sellados por el Rey, emperador, obispo, abad; los expedidos por un funcionario público sobre hechos relativos á sus funciones; los custodiados y sacados de los archivos públicos (*quæ sumitur ex archivo publico*) y otros varios que pueden verse en la glosa 1.^a de la ley 1.^a, Tít. XVIII, Partida 3.^a: públicos, los otorgados ante escribano público, y privados, los que extienden ó forman los mismos interesados á presencia de testigos; pero sin intervención de escribano: pero como la autenticidad existe lo mismo en los instrumentos otorgados por escribano, que en los expedidos por funcionarios de otro orden en el ejercicio de funciones públicas, se redujeron á una las dos clasificaciones antiguas, comprendiendo, bajo la denominación de documentos públicos y solemnes, las escrituras públicas, las certificaciones expedidas por funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, y sobre hechos relativos á las mismas, incluso las de agentes de Bolsa y Corredores de comercio, con otros varios contenidos en el art. 596 de la ley de Enjuiciamiento civil. Para que el instrumento público y auténtico pueda considerarse eficaz, se requiere; que se solemnice con todos los requisitos legales; que la escritura matriz del mismo esté protocolada; que las personas que concurrieron á su otorgamiento tengan la capacidad necesaria, y que el Notario sea competente. Los instru-

mentos públicos que se declaren ineficaces ó nulos se consideran como instrumentos privados y son obligatorios como tales entre las partes. Para que sean eficaces en juicio es necesario que se cotejen con sus originales, previa citación contraria, si se impugnó su autenticidad, porque es máxima de jurisprudencia que los documentos públicos, revestidos de todas las solemnidades legales, llevan en sí la presunción de validez, mientras no se justifique lo contrario.

Los documentos privados constiuyen con los públicos, la llamada prueba preconstituída y reciben distintas denominaciones, porque son conocidos con los nombres de vale, pagaré abonaré, obligación, conocimiento, etc. No son eficaces en juicio sin el reconocimiento de la parte á quien perjudiquen, y respecto de las cartas, son obligatorias las convenciones y contratos en ellas convenido, desde el momento en que conste de la correspondencia la aceptación ó consentimiento de los contratantes, lo mismo que si estuvieran presentes. Por eso dijo á este propósito Bartolo: *Epistola absenti idem est, quod summa presentibus, et qui mittit alteri literas, intelligitur presens presenti loqui.*

El dictamen de peritos se emplea cuando para conocer ó apreciar algún hecho de influencia en el pleito, sean necesarios conocimientos científicos, artísticos ó prácticos, y el reconocimiento judicial cuando para el esclarecimiento ó apreciación de los hechos sea necesario que el juez examine por sí mismo algún sitio ó la cosa litigiosa. En ambas pruebas nos ocuparemos más detenidamente al exponer el procedimiento criminal.

La prueba testimonial es quizá la más común, la que se usa más ordinariamente y también la más expuesta á inducciones equivocadas. La historia nos demuestra de un modo indudable, que frecuentemente un testigo con la mejor buena fé del mundo, afirma hechos completa y absolutamente ilusorios: de aquí la necesidad de rodear esta prueba del mayor número de solemnidades posibles. Son los testigos personas de buena fama y adornadas de las circunstancias designadas por la ley, para que hagan fé en juicio sobre la verdad ó falsedad de los hechos dudosos ó controvertidos. La fuerza probatoria del testimonio tiene por origen, según un autor distinguido, la presunción de que el que le presta, ha podido observar exactamente y querido declarar la verdad: para el juez todo consiste en que la presunción de que

se trata aparezca fuerte ó debil en la causa. Para resolver esta cuestión tan delicada, necesita observar cuidadosamente y por completo, la individualidad del testigo, comparar sus cualidades particulares, en el orden físico y moral, con su continente y palabras ante la justicia, y decidir, en último caso, si merece crédito y hasta qué punto. La ley puede muy bien determinar igualmente el valor que ciertas cualidades personales puedan dar á su testimonio y entonces dicta para el juez una especie de teoría legal de la prueba; otras veces el legislador ha debido ver, en cualidades de otro orden, graves motivos de peligro: porque no quiere que de los dichos de tal ó cual testigo se siga una condena y temiendo comprometer la inocencia, declara insuficientes para hacer plena prueba, todos aquellos en quienes no se han manifestado estas particularidades.

Los requisitos generales que la lógica asigna á todo testimonio para que sea valedero, son los siguientes: 1.º Que el testigo no sea engañado; y 2.º Que no nos quiera engañar. Hagamos aplicación de estos principios al procedimiento. El juez debe examinar con toda minuciosidad las particularidades físicas y psicológicas del testigo para convencerse que no ha podido engañarse al prestar declaración y aseverar los hechos, poniendo especial cuidado en escudriñar el estado de ánimo en que se encuentra al declarar, é inquiriendo de una manera especial las dotes de moralidad del mismo, su edad, estado, profesión y hasta la forma en que depone. El testimonio, además, es preciso que se halle corroborado por las declaraciones de dos ó más testigos sin tacha legal; que sea reconocido, es decir, conforme con las leyes naturales, en concordancia con el resto de las pruebas, emanando de la conciencia y convicción íntima del que atestigua, exento de contradicciones, á presencia del juez, libre y espontáneo, y sin sugestión de ningún género. Sobre su admisión dispone el art. 1244 del Código civil vigente: que tiene lugar en todos los casos en que no se halle expresamente prohibida; debiendo apreciarse la fuerza probatoria de las declaraciones testificales, conforme á lo establecido en la ley de Enjuiciamiento civil, cuidando de evitar que por la simple coincidencia de algunos testimonios, á menos que su veracidad sea evidente, queden definitivamente resueltos los negocios en que de ordinario suelen intervenir escrituras, documentos privados ó algún principio de prueba por escrito. Como se

ve, este artículo, que es el 1248 del citado Código, se separa completamente del 1220 del proyecto de 1841, según el cual no se admitía prueba testifical respecto de las obligaciones que debieran haberse consignado en instrumento público ó privado.

Las presunciones se fundan en la inducción, por la que partiendo de un hecho conocido, se llega á otro desconocido. D. Alfonso habla de ellas en la Ley VIII, Tít. 14, Part. III: *Pruebas é averiguamientos son de muchas naturas para poder probar los omes sus intenciones é son estas..... E aun ay otra natura de probar, á que llaman presunción: que quiere tanto dezir, como grand sospecha, que vale tanto en algunos casos como averiguamiento de prueba. E como quier que el Rey Salomon diese su juycio por sospecha tan solamente, sobre la contienda que era entre la muger libre é la que era sierva, en razondel fijo: pero en todo pleyto non debe ser cabido solamente prueba de señales é de sospechas, fuerzas ende en aquellas cosas que mandan las leyes deste nuestro libro: porque las sospechas muchas vegadas non aciertan con la verdad.* Tiene este medio de prueba gran importancia, principalmente en lo criminal, y á este propósito dice Mittermaier: el talento investigador del Magistrado debe saber hallar una mina fecunda para el descubrimiento de la verdad, en el raciocinio apoyado en la experiencia, y en los procedimientos que forma para el examen de los hechos y de las circunstancias que se encadenan y acompañan al delito. Estas circunstancias son otros tantos testigos mudos que parece haber colocado la Providencia alrededor del crimen para hacer resaltar la luz de la sombra en que el criminal se ha esforzado en ocultar el hecho principal; son como un faro que alumbrá el entendimiento del juez y le dirige hacia los seguros vestigios que basta seguir para llegar á la verdad. El culpable ignora, por lo regular, la existencia de esos testigos mudos ó los considera de ninguna importancia; además, no puede alejarlos de sí ó desviarlos; los clavos mismos de la suela de sus zapatos señalan su paso por el lugar del delito: un botón caído en el mismo sitio suministra una presunción, un indicio vehemente: una mancha de sangre en su vestido atestigua su participación en el acto de la violencia.

Por lo que se refiere á lo civil, los antiguos la dividieron en presunción de derecho ó de ley y presunción de hombre: la primera es simple *juris tantum* y por derecho ó *juris*

et de jure: la segunda grave, menos grave y leve. Las presunciones no son admisibles sino cuando el hecho de que han de deducirse esté completamente acreditado; las legales dispensan de toda prueba á los favorecidos por ellas; son susceptibles de prueba en contrario, y para que surta efecto en juicio la de cosa juzgada, es necesario que haya identidad de cosas, causas y personas. Para que las precauciones no establecidas por la ley sean apreciables como medio de prueba, es indispensable que entre el hecho demostrado y aquel que se trate de deducir haya un enlace preciso y directo, según las reglas del criterio humano. (Art. 1249 al 1253 del Código civil). Por último, Trendeleburg, en su disertación sobre las *presuntiones juris et de jure*, citado por del Giudice, demuestra que si bien la lógica del Derecho y las necesidades de la vida práctica exigen que las presunciones tengan eficacia probatoria, solo deben tenerla, sin embargo, mientras no pugnen con una prueba contraria, pues el concepto de una conjetura irrefutable no puede menos de ser esencialmente contradictorio. Por esto se halla de acuerdo con Enrique Coccejo, Böelmer y Bæcking, en punto rechazar la *presumptio juris et de jure*, tal como se admite por la ley positiva, teniéndola por una creación escolástica: y por esto afirma que los escasos ejemplos de la jurisprudencia romana, que parecen referirse á semejante presunción, se hallan relacionados en realidad con otros distintos conceptos.

Los medios de prueba examinados hasta aquí constituyen el segundo período del juicio civil que termina por sentencia, que es la decisión de la contienda entablada, la síntesis de todo el proceso. Desde luego se comprende, por lo tanto, la naturaleza, índole y carácter de este tercero y último período del debate. Terminada la instrucción dice del Giudice, y expuestas en su caso por medio de informe oral las alegaciones y las pruebas, acaba la tarea de los litigantes y solo falta el pronunciamiento de la sentencia, con la cual el juez pone fin á la controversia y cierra el período de la instancia. El fallo definitivo es como la síntesis de todo el proceso, es la conclusión que el juzgador deduce, guiado por la ley, de las premisas del silogismo jurídico, establecidas durante las actuaciones del juicio. Es la expresión del convencimiento judicial sobre las pretensiones de las partes, pero convencimiento armonizado con los preceptos legales y

apoyado sobre las pruebas y documentos producidos en el litigio (*justa allegata et probata*). Su esencialidad consiste en la congruencia con los puntos, objeto de la controversia, condenando ó absolviendo, y decidiendo todas las cuestiones planteadas en el debate, con la mayor concisión y claridad posibles. Por esto decían las partidas de conformidad con el derecho romano, que *non debe valer el juyzio que da el judgador sobre cosa que non fué demandada ante él*; epígrafe de la Ley XVI, Tít. 22, Part. III, de la cual extractamos lo siguiente, relativo al caso: *afincadamente debe catar el judgador, qué cosa es aquella sobre que contienden las partes ante él en juyzio: é otrosí en qué manera hacen la demanda: é sobre todo, qué averiguamiento ó que prueba es fecha sobre ella: é otrosí debe dar juyzio sobre aquella cosa. Ca si fuere fecha la demanda antel sobre un campo ó sobre una viña é el quisiere dar juyzio sobre casas ó bestias ó sobre otra cosa que non perteneziese á la demanda, non debe valer tal juyzio*. Así es, que Baldo opina que la sentencia debe ser congruente con la demanda en tres puntos fundamentales: en la cosa, en la causa y en la acción, *in re, in causa et in actione*, á lo que agregan otros expositores la conformidad ó congruencia con las personas. La fórmula de estas decisiones debe ser fundada, apreciando los hechos que resultan del pleito, los que se estimen probados, las razones legales que se consideran aplicables para deducir de ambas premisas el fallo, esto es, la conclusión.

A fin de evitar las equivocaciones que en las mismas hubiesen padecido los jueces, se introdujo, en beneficio de los litigantes y por el ministerio de la ley, el derecho de alzarse de los fallos dictados por el inferior ante el superior jerárquico respectivo, con las restricciones consiguientes para evitar los abusos en que esta parte pudieran cometerse. Esta es la teoría general de los recursos contra las resoluciones judiciales, admitidos en todas las legislaciones cultas y que tienen carta de naturaleza en España desde el *Fuero Juzgo*.

Las nociones expuestas hasta ahora, son, en su mayor parte, aplicables al procedimiento penal: sin embargo, resultarían mancas si no las completásemos brevemente, marcando las diferencias más esenciales entre el enjuiciamiento civil y penal. La índole y naturaleza propia de éste produce distinciones substanciales en el ejercicio de la acción; por-

que la civil se entabla siempre por el particular, lesionado de una manera espontánea y libre, hasta el punto que es potestativo en el actor el proponerla, y, una vez propuesta, queda á su albedrío el retirarla, sufriendo, como es lógico, las consecuencias de estos actos. La acción penal, por el contrario, no depende, excepto en los delitos privados, del arbitrio de los particulares, afecta al orden público, y en la generalidad de las naciones existen funcionarios especialmente encargados de su incoacción y ulterior proseguimiento. En España, la acción penal tiene además el carácter de popularidad, mientras que en Francia y en los países que, como Italia y Bélgica, aceptaron los principios del Código de instrucción criminal francés, es solamente pública, pero no popular. A este sistema obedecen y en esta base se inspiran los artículos 1.º al 5.º de la ley belga de 17 de Abril de 1878, el primero de los cuales preceptúa que «la acción para la aplicación de las penas no puede ejercitarse más que por los funcionarios, á los cuales está confiada por la ley.» En estas naciones, el particular que se considera perjudicado por el delito, puede querellarse y mostrarse parte en el procedimiento, pero es solo bajo el punto de vista civil: esta es la letra y el espíritu del art.º 63 del Código procesal de la nación vecina.

El procedimiento penal propiamente dicho consta de dos partes principales: La instrucción preparatoria y el juicio. La primera, que entre nosotros se llama sumario, está confiada á los jueces de instrucción ayudados por la policía judicial, que según el art. 8.º del Código de instrucción criminal antes citado, busca los crímenes, los delitos y las contravenciones, recoge las pruebas y entrega á sus autores á los tribunales encargados de castigarlos. Los medios de investigar los delitos son bien de oficio, por denuncia ó querrela. De cualesquiera maneras que proceda el juez de instrucción, deberá hacer constar la existencia del delito, su autor ó autores, circunstancias generales y especiales que modifican los hechos, bien por las huellas materiales que hubiese dejado el delito, bien por las declaraciones de testigos presenciales. En su consecuencia, el juez instructor, ora trasladándose al lugar donde se cometió el delito, é inspeccionando el terreno, ora valiéndose de interrogatorios á los testigos y procesados, ora reconociendo las habitaciones y correspondencia de los presuntos culpables, practica actos de jurisdic-

ción encaminados á descubrir el delito y sus autores: verdaderos actos de autoridad y de sanción, de potestad y de mando, que restringe, limita y, en algunos casos, anula los derechos constitucionales de la persona, en interés de la sociedad y del bien público. En este principio se informan las facultades del juez para atacar en cierto modo el derecho de propiedad del procesado, decretando embargos y secuestros, depósitos y fianzas, poniendo limitaciones á la libertad individual con las incomunicaciones, detenciones y prisión provisional del delincuente.

En su lugar oportuno hemos tratado extensamente de la naturaleza é índole propias de la instrucción sumarial en los sistemas acusatorio, inquisitivo y mixto: por otro lado, siendo el objeto de este trabajo, el presentar por medio de grandes síntesis la estructura y organismo del derecho procesal, civil y penal en sus fases más elementales, creemos fuera del plan y método que nos hemos trazado, descender á detalles minuciosos de mera sustanciación y ritualidad que pugnan con el carácter de una oración inaugural. Por estas razones nos excusamos de entrar en ulteriores investigaciones para decir brevemente dos palabras acerca del segundo periodo del procedimiento penal, del juicio.

Los principios generales que dominan en la materia son los siguientes: 1.º Presencia de las partes (acusación y defensa) en el procedimiento penal: en el sistema acusatorio que rige en España, sin el acta del Ministerio público no se abre el juicio y por lo que se refiere al reo, su presencia es necesaria porque nadie puede ser condenado sin ser oído, derecho del procesado que además tiene el deber de acudir á la citación y llamamiento de la justicia penal. El procedimiento francés en rebeldía ofrece singularidades dignas de mención: cuando el culpable no compareciere se dicta auto, mandando que se presente de nuevo en el término de diez días, bajo apercibimiento de que será declarado contumaz, suspenso del ejercicio de los derechos de ciudadano, que se procederá al embargo de sus bienes, prohibiéndole toda acción en justicia y previniendo además la obligación que tiene toda persona de indicar el lugar donde se hallare. Esta providencia que mencionará el crimen y el auto de prisión, se publicará á son de trompeta ó de caja el domingo siguiente, se fijará en un cartel en la puerta del domicilio del acusado, en la del alcalde y en la de la sala de audiencia del

tribunal de Assises. 2.º La publicidad de las audiencias es otro principio general del procedimiento penal que rige bajo pena de nulidad, en contraposición al antiguo método inquisitivo y secreto. 3.º El derecho de defensa, considerado no solo como derecho del procesado, sino como garantía social. 4.º La oralidad; y 5.º La prueba sobre cuya apreciación debemos de decir dos palabras.

En el procedimiento acusatorio que rige en España puede clasificarse la prueba en dos ramas principales: la prueba de cargo, presentada por la acción pública y acusación particular, si interviene, y la de descargo, preparada por la defensa; división originada en la misma naturaleza de la prueba y cuyos principales objetos son según los autores los siguientes: la existencia y comprobación del hecho material del acto criminal; la participación que en él haya tenido el procesado; y la existencia de los hechos que puedan modificar la condición y estado del autor del delito. La prueba de descargo tiende á demostrar la inculpabilidad del procesado, y se llama directa cuando justifica hechos que destruyen la alegada por la acusación é indirecta cuando patentiza lo absurdo de las consecuencias deducidas de los hechos de cargo.

La minuciosidad y detalles con que las leyes positivas rodean esta parte del juicio criminal demuestran la importancia de la misma y solo espíritus superficiales pueden dirigir censuras al legislador, que trata por estos medios de prevenir los errores y equivocaciones de los jueces en sus fallos, garantizando los fueros de la inocencia al paso que se esfuerza por conseguir el que los delitos no queden impunes. El erudito autor de la *Teoría de las instituciones judiciales* ha dicho con razón á nuestro juicio, «que la apreciación de las pruebas judiciales, por su naturaleza, por sus contingencias, por las pasiones diferentes que en ellas ejercen influjo y por otras mil causas diferentes, es la operación más difícil del entendimiento humano, es el escollo en que fracasará siempre la justicia». Los sistemas más importantes sobre la apreciación de las pruebas en el procedimiento penal, pueden reducirse á cuatro: sistema taxativo, de evidencia moral, del término medio ó mixto y del libre criterio judicial.

El sistema taxativo de prueba se halla consignado en la Ley XII, Tít. 14 de la Partida III, con las palabras siguientes: *Criminal pleyto que sea movido contra alguno en ma-*

nera de acusación, ó de riepto, debe ser probado abiertamente por testigos, ó por cartas, ó por conosciencia del acusado é non por sospechas tan solamente. Ca derecha cosa es, que el pleyto que es movido contra la persona del ome, ó contra su fama, que sea probado ó averiguado por pruebas claras como la luz, en que no venga ninguna dubda. E por ende fallaron los Sabios antiguos en tal razon como esta é dixerón, que más santa cosa era, de quitar al ome culpado, contra quien non puede fallar el Juzgador prueba cierta, é manifiesta, que dar juyzio contra el que es sin culpa, maguer fallasen por señales alguna sospecha contra el. Pero cosas ya señaladas, en que el pleyto criminal se prueba por sospechas, maguer non se averigue por otras pruebas. Al comentarla Gregorio López explica su letra y desentraña su pensamiento en breves frases. En las causas criminales, dice, se requiere una prueba tan clara como la luz, sin que baste para condenar solamente una presunción, porque es principio sacrosanto de derecho, que en la duda primero debe absolverse al culpable, que condenar al inocente. Sin embargo, hay algunos casos en que los indicios son prueba bastante para condenar. La experiencia ha venido á demostrar los graves inconvenientes de este sistema tan ocasionado á absoluciones de delincuentes, como propenso á condenar á inocentes. La luz clara, la verdad legal de las Partidas, consiste solo en la declaración de dos testigos, cuyo testimonio puede encontrarse en ocasiones en abierta contradicción con la verdad real, con la conciencia y conocimiento íntimo del juez y hasta con otras resultancias del proceso, deduciéndose de todo esto que el fallo que se dicte con apariencias de justicia, puede, en el fondo, ser una horrible iniquidad.

El segundo sistema ha sido patrocinado, entre nosotros, por la regla 45 de la ley provisional para la aplicación del Código de 1850. En el caso, dice, de que examinadas las pruebas y graduado su valor, adquiriesen los Tribunales el convencimiento de la criminalidad del acusado, según las reglas ordinarias de la crítica racional, pero no encontraren la evidencia moral que requiere la Ley XII, Tít. 14, Partida III, impondrán en el grado mínimo la pena señalada. Como se vé por esta disposición, el legislador acepta en sustancia el sistema taxativo de las leyes de Partida, que disfraza con el nombre de evidencia moral; con la sola modificación de aminorar la pena, cuando la prueba no sea

completa; dictada esta disposición con el propósito de evitar la impunidad de los delitos y con el fin de restringir la aplicación de las penas afflictivas, en el caso de que faltase el convencimiento del juzgador, fué, sin embargo, en la práctica, origen de grandes dificultades y causa de que se pronunciasen fallos injustos que demostraron la insuficiencia é inutilidad del sistema. A fin de evitar estos inconvenientes la ley de 18 de Junio de 1870 dispuso en su artículo 12, que los Tribunales y jueces debían de aplicar las penas señaladas en el Código, cuando resultase probada la delincuencia por la inspección ocular, confesión de los acusados, testigos fidedignos, juicio pericial, documentos fehacientes ó indicios graves y concluyentes, apreciados por las reglas del criterio racional. Los inconvenientes del sistema taxativo están, sin disputa, garantidos en esta disposición legal, que al propio tiempo evita los perjuicios que lleva consigo la libre y absoluta apreciación de las pruebas.

El sistema del libre criterio judicial predomina en las formas acusatorias del procedimiento y es consecuencia lógica del juicio por jurados. El legislador español lo había consignado en el art. 741 de la ley de Enjuiciamiento criminal, facultando á los Tribunales de derecho para dictar sentencia, dentro del término legal, por la apreciación que hicieren, con arreglo á su conciencia, de las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados. Semejante libertad ha parecido excesiva á algunos escritores por lo que se refiere á los Tribunales de derecho, á cuyo efecto se ha dicho «que contra esa apreciación no se dá recurso alguno, faltando consiguientemente esta garantía contra el error notorio de un Tribunal y que siendo la conciencia ilimitada del juzgador, la única regla para la apreciación de las pruebas, no quedan siquiera términos hábiles para acusar á un Tribunal criminalmente de prevaricación, pues que opondría la excepción de su propia conciencia, ilustrada ó ignorante, sana ó errónea». Por lo que se refiere á la apreciación de las pruebas en el juicio por jurados, son notables las palabras de los párrafos 3.º y 4.º del art. 342 del Código procesal francés, que no copió nuestra ley, sin duda porque era lo mejor que pudo trasladar al español. Antes de comenzar la deliberación el jefe de los jurados les hará lectura de la instrucción siguiente, que además será fijada con gruesos ca-

racteres en el sitio más visible de la Cámara. La ley no exige á los jurados el que expliquen los medios por los cuales se han convencido; no les prescribe reglas de las cuales deban hacer particularmente depender la plenitud y suficiencia de una prueba; les prescribe el que se interroguen á sí mismos en el silencio y el recogimiento y que examinen en la sinceridad de su conciencia qué impresión han hecho en su razón las pruebas aducidas contra el acusado y los medios de su defensa. La ley no les dice: Tendreis por verdadero todo hecho atestiguado por tal ó tal número de testigos: No les dice tampoco: No mirareis como suficientemente establecida toda prueba que no esté formada de tal proceso verbal, de tales documentos, de tantos testigos ó de tantos indicios: no les hace más que esta pregunta que encierra toda la medida de sus deberes. ¿Teneis una convicción íntima? Igual ó parecido principio contiene el art. 498 del Código de procedimiento penal de Italia, reformado por la ley de 8 de Junio de 1874.

La ley española del jurado se halla inspirada en los mismos principios. La larga discusión entablada en los cuerpos colegisladores y en la que han intervenido los jurisconsultos más notables nos convence de ello. La prueba por conciencia, decía el respetable magistrado del Supremo, Sr. Garnica, no es más que la prueba de la lógica natural. El principio de la prueba tasada lleva en sus entrañas un delito social mayor que el que pueda cometer ninguna persona para quien ese instrumento de legislación pueda aplicarse; porque este principio lleva consigo que diga un juez, como quizá hayan dicho muchos: «Acabo de condenar á este hombre, y, sin embargo, juro sobre mi corazón que es inocente; ó acabo de absolver á este hombre y juro sobre mi conciencia que este hombre debía ser condenado». Precisamente, decía otro diputado, el Sr. Pacheco, precisamente porque creemos que los Tribunales deben ser soberanos en la estimación de las pruebas, precisamente por eso, queremos el jurado.

El acto final del juicio, lo mismo en lo civil que en lo penal, es la sentencia, que debe basarse en el convencimiento íntimo y libre del juez, apoyado en las pruebas, y que los Tribunales de derecho deben apoyar y fundar, exponiendo los hechos y las condiciones legales, bien cuando el fallo sea condenatorio ó bien cuando se creyere que proce-

de la absolución. Los Tribunales de hecho, por el contrario, no motivan sus veredictos, porque en esos juicios, decía el Sr. Alcocer en su discurso pronunciado en el Senado en 11 de Enero de 1888, no cabe consignar nada: porque muchas veces el jurado..... puede formar su convicción por el cambio de color en la faz del procesado que tenga delante, por cualquier insinuación de ese mismo procesado, que no se puede consignar en las actas de las sesiones del jurado, ni viene nunca consignado en las actas de instrucción.

Las nociones elementales hasta aquí expuestas han sido admitidas en su generalidad por las leyes procesales españolas, cuyo contenido examinaremos breve y sumariamente. La de 3 de Febrero de 1881 admitió los principios fundamentales consignados en la ley orgánica del Poder judicial, sobre competencias, recusaciones, acumulaciones y recursos de fuerza, según se ve, examinando y comparando los Títulos 2.º al 5.º, ambos inclusive, del libro I de la ley de Enjuiciamiento civil con los correlativos de la ley orgánica, á los cuales preceden las disposiciones generales sobre la comparecencia y representación en juicio, materia del Título 1.º, completándose, de este modo, el estudio del elemento personal de la controversia jurídica. El principio, objetivo del juicio, se desarrolla en los títulos siguientes, hasta el 13 inclusive, con las modificaciones aconsejadas por la experiencia y que son, en gran parte, debidas á la jurisprudencia de los Tribunales. El libro II comprende las reglas prácticas y rituarías para el ejercicio de la jurisdicción contenciosa y la ley despues de los actos de conciliación, preliminar de todo juicio, se ocupa en los declarativos, empezando por el ordinario, sus incidentes y los recursos ordinarios: terminando la teoría y práctica de los jueces con los universales, ejecutivos, los especiales y los sumarios ò interdictos; finalizando esta materia los recursos extraordinarios de casación y división y toda la ley con las disposiciones referentes á la jurisdicción voluntaria, tanto en los negocios comunes como en lo relativo á los actos y asuntos comerciales.

El procedimiento penal para la jurisdicción ordinaria se contiene en las leyes de 14 de Septiembre de 1882, compuesto de siete libros, que estudian, previas ciertas reglas generales, toda la materia del sumario, juicio oral, procedimientos especiales, recursos extraordinarios, juicio de faltas y ejecución de sentencias, habiéndose adoptado para deter-

minados delitos el juicio por jurados, cuya ley rige desde 1.º de Enero del corriente año.

De intento prescindo de detalles y minuciosidades que considero ajenas á la índole y naturaleza propias de este trabajo y que solo servirían para prolongar, indebidamente, la extensión del presente discurso, cuya materia, de suyo árida, complicaríamos inútilmente hasta el punto de hacerla incomprendible. Termino, por lo tanto, estas páginas escritas sin pretensiones de ningún género, en las que, seguramente, no hallareis nada nuevo, y haciendo constar, segunda vez, que no á inmodestia, sino obediencia, es debido el que haya ocupado esta tribuna.

HE DICHO.

