tad pura y simple del acusado, que le daba el derecho de reclamar daños é intereses á la parte civil; también podía pronunciarse una absolución menos completa, llamada *hors cour*, fundada en la falta de prueba, y por último, podía absolverse provisionalmente al acusado, lo que se llamaba "*le plus amplement informé*," que tenía lugar cuando no había suficientes pruebas para condenar, existiendo contra él graves indicios; y es indudable que los rasgos característicos, y las consecuencias jurídicas de esta resolución, los encontramos en el antiguo derecho español, que fué el nuestro, conocidos bajo el nombre de absolución de la instancia.

El título XXVI de la Ordenanza, trata de las apelaciones. El acusado podía apelar de todas las decisiones del juez, en cuanto al fondo, y también de las interlocutorias relativas á la instrucción. La apelación ofrecía, además al acusado, algunos recursos, porque el procedimiento en la instrucción superior, no era secreto, ni estaba prohibida la asistencia de abogados; el Ministerio Público y la parte civil, también podían apelar.

Existía, finalmente, un último recurso contra una sentencia condenatoria: el de recurrir al Consejo del Rey, para demandar la anulación de las sentencias dictadas en las Cortes, cuando eran definitivas; y por principio, podían ser anuladas, merced á una teoría que representaba un gran papel en el antiguo Derecho, conocida con el nombre de "*Justice retenue.*" Conforme al derecho público de aquella época, la justicia residía y emanaba del Rey, quien por consiguiente conservaba, en toda su plenitud, el poder de anular las

decisiones de las jurisdicciones soberanas, pero en este caso, su resolución sólo podía fundarse en una violación de la ley; así, este era el único recurso extraordinario concedido al condenado, en virtud de una sentencia dada contra él en última instancia; y no creo equivocarme al considerar dicho recurso, como el génesis del de casación, establecido en Francia en 1790 por la Asamblea constituyente.

Tales son en conjunto, los rasgos más salientes del procedimiento penal, conforme á la Ordenanza de 1670; rasgos que en parte, pueden encontrarse hoy mismo, en la ley procesal francesa, y en las demás legislaciones que la han seguido en el sistema de enjuiciamiento mixto.

Para completar el estudio de la citada Ordenanza, debo ocuparme de la teoría de las pruebas legales, que se desarrolló bajo el terrible mecanismo organizado en ella. Este sistema, es el que se ha llamado en la historia del derecho, el de las pruebas legales, por medio del cual, el juez estaba obligado á condenar, en caso de reunir de antemano ciertas pruebas determinadas, importándole poco para la condenación, su convicción íntima. La gran máxima del antiguo derecho, era que el juez debía fallar *secundum alegata et probata.*

La formación de esta teoría, se explica fácilmente, si se tiene en cuenta la importancia que se dió á los juristas, aun en las Cortes feudales; por otra parte, cuando durante largo tiempo, un cuerpo de magistrados permanentes está exclusivamente encargado de la administración de justicia, la formación lenta de cier-

existente entonces en Francia, encuentra en aquellas naciones la publicidad de los debates, la plena libertad en la defensa, y el juicio por jurados. La sola enunciación de estas ideas, basta para comprender, que el viejo derecho criminal francés, no podía vivir largo tiempo.

Los innovadores traían en su apoyo, la influencia del Derecho romano, tan respetado entonces; y el mismo Montesquieu, cita constantemente en sus obras, las leyes de Ròma en materia penal. Voltaire decía: "Entre los romanos los testigos eran oídos públicamente en presencia del acusado, que podía responderles é interrogarles por sí mismo, ó por voz de un abogado. Este procedimiento era noble y franco, él respiraba la magnanimidad romana."

Sin embargo, se volvían las miradas á Inglaterra, y el mismo Voltaire agregaba: "Felizmente en Inglaterra ningún proceso es secreto, porque el castigo de los crímenes está destinado á ser una institución pública para los hombres, y no una venganza privada; los interrogatorios se hacen á puertas abiertas, y todos los procesos interesantes, son publicados en los Diarios; una simple detención indebida, es reparada por el funcionario que la ordenó. En Inglaterra, isla famosa por tantas atrocidades y por tan buenas leyes, los mismos jurados son los abogados del acusado, quienes lo ayudan en su debilidad y le sugieren la manera de defenderse. Bajo el reinado de Carlos II, se acuerda el ministerio de dos abogados á todo acusado, porque se considera que los jurados no son sino jueces de hecho, mientras que los abogados conocen mejor la

jurisprudencia; finalmente, en Francia, el Código criminal, parece estar dirigido para perder á los ciudadanos, mientras que en Inglaterra, la ley está establecida para su salvaguardia." Es indudable, que en esta materia, Voltaire fué el apóstol y el propagandista de la buena doctrina.

Después apareció un libro, aunque imperfecto, pero notable, de De Lolme, que atrajo la atención sobre el procedimiento por jurados, y sobre las demás instituciones inglesas, y la traducción de los comentarios de Blakstone, se popularizó; así es que cuando la revolución, inspirada por las doctrinas de los filósofos de aquel siglo, triunfó en Francia, la Inglaterra fué la que suministró el nuevo modelo del derecho procesal.

Las leyes dictadas desde 1789 á 1810, en que apareció el Código de instrucción criminal de Francia, contienen lo que en dicha nación se llamó el derecho intermediario; y es indudable que en toda esa época, la legislación en esta materia, está basada en la "declaración de derechos," fundada en su mayor parte en las teorías del Contrato Social. El procedimiento era público, contradictorio y oral, el Presidente dirigía los debates y proponía las cuestiones al jurado sobre el hecho, á las que debía contestar sí, ó nó; este Tribunal era soberano en su apreciación, porque no estaba obligado á motivar su veredicto.

El Código de instrucción criminal, expedido el 20 de Abril de 1810, vino á modificar saludablemente la legislación anterior. En cuanto á las jurisdicciones, estableció las Cortes de assises, los Tribunales correc-

cionales y los de simple policía, á los cuales dió el nombre de jurisdicciones ordinarias; las había también de excepción; pero la que se relaciona con la materia penal, era la Corte Suprema que estatuía directamente y en definitiva sobre todas las demandas en lo criminal, correccional y de policía.

El nuevo Código, se formó bajo una combinación feliz, de los diversos sistemas de enjuiciamiento, hasta entonces conocidos. La información es en él escrita y secreta, pero el juicio es público y oral; la acción pública, y la iniciativa en la persecución del delito, pertenece al Ministerio Público, cuyas funciones, perfectamente definidas por la ley, son distintas de las del juez de instrucción, excepto cuando se trata de delito flagrante. La legislación anterior, desde 1789, había establecido el jurado de acusación, bajo las mismas bases de la legislación inglesa; pero el nuevo Código, cambió la institución, conservando solamente el jurado de juicio. En favor del acusado, estableció, que si la declaración del jurado era favorable, no había recurso contra ella; pero si era condenatoria, podía recurrir á la casación, á la revisión y á la rehabilitación; recursos que la ley establecía en su favor. Tales son en conjunto, los principios sobre los cuales se levantó el nuevo sistema de enjuiciamiento criminal en Francia, y que con saludables mejoras, que vinieron á modificar sus rigores, subsiste hasta el presente en aquella nación.

De estas modificaciones me ocuparé muy brevemente. Después de la ley de 28 de Abril de 1832, en que se acordó al jurado el derecho de declarar la existencia de circunstancias atenuantes, la de 21 de Noviembre de 1872, ha venido definitivamente á constituir dicho Tribunal. Finalmente, es indudable que el procedimiento se ha simplificado, mejorándose con la ley de 17 de Julio de 1856, sobre la supresión de la Cámara del Consejo, con la de 20 de Mayo de 1863 sobre delitos flagrantes, con la de 14 de Agosto de 1885 sobre la rehabilitación y libertad condicional, con la de 15 de Noviembre de 1892 sobre la imputación de la detención preventiva, y por último, con la de 8 de Junio de 1895 sobre la revisión. Según se observa, Francia ha seguido una marcha lenta en la vía del progreso legislativo; pero constante y segura, porque ha comprendido que no es conveniente tocar las instituciones de un pueblo, sino hasta el momento en que la necesidad de su reforma se impone.

El gobierno de la República, nombró en 1878 una comisión para la reforma del Código de instrucción criminal, presentando el proyecto al Senado, el 27 de Noviembre del año siguiente, Mr. Le Royer, Ministro de Justicia; designada por dicha Cámara la comisión respectiva, Mr. Dauphin, Procurador General de la Corte de apelación de Paris, emitió un dictamen, conteniendo notables modificaciones en vista del proyecto ministerial; en la discusión, aquel alto Cuerpo legislador, lo adoptó en primera y segunda lectura; pero hasta el momento en que escribo estas líneas, la reforma no ha sido elevada al rango de ley. Conocido como es en todo su contexto, el proyecto indicado, ha sido objeto de extensa discusión entre los jurisconsultos más notables de Francia. Generalmente se le atri-

buyen varios defectos, considerando la reforma demasiado teórica, y aunque generosa, se teme que sea eminentemente radical, porque la defensa se organiza desde luego en el sumario, desaparece la incomunicación del acusado, y se limita el tiempo de la prisión preventiva; y aunque el Ministerio Público se levanta sobre el juez instructor supeditándolo, se pretende llegar con la reforma hasta la completa publicidad de la instrucción escrita, conforme al procedimiento inglés, y con las modificaciones exigidas por la subsistencia del Ministerio Público, tan arraigado en Francia; y es indudable, que lo avanzado de estas innovaciones y su trascendencia en la instrucción criminal, ha demorado la aprobación definitiva de la ley; aunque en mi concepto, los principios en que se funda, son los que reclama el porvenir.

Extendiéndome como debo, en el estudio del proyecto del nuevo Código, cuyo espíritu puede servir de saludable enseñanza para nosotros, no puedo dejar de indicar aquí, que el Código de instrucción criminal vigente hoy en Francia, á pesar de sus reformas, presenta desde la instrucción preparatoria un doble defecto: la acción preponderante del Ministerio Público, y la del juez de instrucción; y por otra parte, la ineficacia de las garantías acordadas al acusado.

Los autores del proyecto, han procurado hacer desaparecer este vicio, tan unánimemente combatido en Francia, preocupándose, ante todo, en acordar al inculpado los derechos y las garantías que necesita durante la instrucción, y que es precisamente lo que en el Código actual falta.

En la exposición de motivos del proyecto de ley, se dice á este respecto lo siguiente:

"La justicia social, bajo el punto de vista criminal, se descompone en dos elementos distintos, dignos de igual solicitud; por una parte el interés de la represión, que quiere que el crimen no quede impune, y por la otra, el de la defensa que reclama no menos imperiosamente, que el castigo no se descargue sobre otra cabeza, sino sobre la del culpable. Nadie puede poner en duda hoy, que la inviolabilidad de la inocencia, es un interés no menos general, del mismo orden y de igual importancia, que el de la certidumbre ejemplar de la represión; y que el reposo de la sociedad, está más amenazado por una condenación inmerecida, que por la impunidad de un criminal. Lejos de considerar el interés de la defensa, como un interés secundario, de orden privado, en oposición con el de la sociedad, ó más ó menos subordinado á éste, se ha reconocido que la justicia falta á su fin, si no tiene por objeto asegurar los derechos del inocente, y hacer sentir el castigo al culpable."

En la extensión de las garantías y los derechos de la defensa, es en donde los autores del proyecto buscan el remedio á los males inveterados, de su actual legislación. En cambio, hoy mismo, ciertos espíritus, creen encontrarlo en la supresión del Ministerio Público, y en la admisión del procedimiento netamente acusatorio, que ha funcionado en la antigüedad en Atenas y en Roma, y actualmente en Inglaterra; pero como la condenación en materia penal, no interesa solamente á la víctima del delito, no se le puede acordar á ella

sola el derecho de perseguir á su autor; cierto es que este principio estaba admitido en una época de barbarie y de ignorancia, en que la noción imperfecta de la ley moral, y la ausencia de toda solidaridad entre los miembros de una ciudad ó de una nación, hacían considerar la pena como un acto de venganza personal; pero afortunadamente, la ley moral ha esclarecido hoy la conciencia de la humanidad, y ligando á los hombres entre sí con lazos indisolubles, ha llegado á considerar la pena, como un acto de defensa y de conservación para la sociedad, y de regeneración moral para el individuo culpable.

No es en la supresión del Ministerio Público, en donde se debe encontrar el remedio del mal apuntado; porque si la sociedad es la más interesada en la represión del crimen, es á ella á quien toca esta misión, interponiéndose entre el inculpado y la víctima; para ello necesita un órgano, que es el Ministerio Público; así observamos que esta institución se encuentra establecida en casi todas las legislaciones contemporáneas, y la Inglaterra misma, tan refractaria á cambiar sus leyes, acaba de establecerla. El problema debe resolverse, dando al inculpado todas aquellas franquicias, sin las cuales le es imposible defenderse, creando al mismo tiempo, entre la acusación y la defensa, una igualdad de derechos tal, que les permita combatirse libremente. Esta es á mi modo de ver, la manera de resolver la cuestión.

Para sintetizar la historia del procedimiento penal francés, creo conveniente insertar aquí el juicio de Mr. E. Olivier y el del notable jurisconsulto Mr. F. Helie, este último dice así:

"No es este Código, el de instrucción criminal, una obra nueva, la obra exclusiva del legislador que lo ha redactado..... En efecto, todos los principios fundamentales del procedimiento criminal, se habían ya experimentado por una larga aplicación. Estos principios, no son más que hechos que surgieron sucesivamente, de la lucha de los distintos intereses que agitan la sociedad. La legislación no inventa, sigue el movimiento de las costumbres y de las ideas; recoge lo que le legan los siglos. La ley griega y la ley romana, han fundado cuatro grandes reglas: el derecho de acusación, el procedimiento oral, la publicidad de los debates y el juicio por jurados. Las Constituciones Imperiales han instituído las apelaciones, bosquejando el procedimiento escrito, y ensayado los Asesores permanentes. La ley germánica y la ley feudal, han encontrado ó mantenido, por medio de formas nuevas y extraordinarias, con modificaciones sucesivas, las reglas fundamentales del procedimiento ático y romano. La ley canónica, en el siglo XII, extendió el procedimiento inquisitorial y la instrucción escrita; la justicia secular, se apropió estos dos principios en el siglo XIII, y tomó al mismo tiempo, de la legislación imperial, sus apelaciones. La institución del Ministerio Público, ha salido en el siglo XIV de las luchas de la realeza contra los Señores. La reacción del siglo XV generalizó la instrucción secreta y las informaciones, creó el procedimiento por comprobación y confrontación, y colocó la justicia en manos de jueces permanentes. Todas las reglas de procedimiento habían sido, pues, sucesivamente encontradas. No se trataba más que de ordenarlas."

"En las formas del procedimiento penal, escribía M. E. Olivier, hay dos sistemas: el acusatorio y el inquisitorial. El espíritu del primero se resume en esto: el acusador enfrente del acusado, el juez imparcial entre ambos, como padrino de las dos partes, según decía un antiguo autor, luego el debate de las pruebas, y para la asistencia, el público. El espíritu del segundo, es este: ni acusador, ni acusado, pero sí una persona sospechosa; el juez procediendo al sumario, investigando, interrogando, extendiendo por escrito sus procesos verbales; ningún debate contradictorio; secreto para el público, para los testigos, para la persona perseguida, respecto de la cual se empieza por la captura. Se llama este procedimiento, la información previa, decía con ironía el primer Presidente de Thou, porque la prueba que se extrae es una prueba sin forma, sobre la que no puede fundarse un buen fallo."

"Hasta el siglo XII, el sistema acusatorio ha sido el único practicado; á partir del reinado de San Luis, comienza el procedimiento inquisitorial. Este se introdujo tímidamente, casi á hurtadillas, en nuestras jurisdicciones seculares. No tardó en ganar terreno; el Canciller Poyet le fortaleció, le sistematizó, le generalizó en la Ordenanza de Villers-Cotterets de 1539, de Francisco I. Pero las protestas estallaron en todas partes. Dumoulin, el verdadero jurisconsulto de nuestra Francia, en esos tiempos, decía á este propósito del Canciller: ¡el impío Poyet! Todo se trató entre murallas sordo-mudas, escribía en su buen libro el lugarteniente de lo criminal, Ayrault, sin que ni el público, ni partes, ni jueces asistiesen, excepto uno ó

dos jueces, que eran la Comisión: ¡pues se constituye en una profesión y oficio el oir testigos!"

"El movimiento no se detuvo por esta resistencia. Luis XIV codificó enérgicamente el sistema inquisitorial, en su Ordenanza criminal de 1670. Nadie entonces hubiera tenido *in mente* los atrevimientos del primer Presidente de Thou, de Dumoulin ó del lugarteniente de lo criminal, Ayrault. Por toda Europa, salvo Inglaterra, el procedimiento inquisitorial, para lo que se llamaba gran criminal, se había convertido en práctica general."

"Ni la Constituyente en su ley de 29 de Septiembre de 1791, referente á la policía de seguridad, á la justicia criminal y al establecimiento de los Jurados; ni la Convención en su Código de delitos y penas, año IV del Brumario, han roto por completo con ese pasado. El procedimiento penal se ha dividido, por las leyes de estas dos Asambleas, en dos fases: la de información ó instrucción preparatoria, que quedó bajo la férula del régimen inquisitorial; la del procedimiento del juicio, colocada bajo las reglas del régimen acusatorio. Esta especie de combinación mixta, es la que, por vía de acomodamiento y término medio de transacción, ha pasado y se ha mantenido hasta este día, en nuestro Código de instrucción criminal."