

# Derecho Procesal

## Los Sistemas

### Procesales Penales

(Estudio de Legislación y Doctrina)

EDMUNDO POTTSTOCK P.

(Ayudante Investigador del Seminario de Derecho Procesal y Práctica Forense).

## PRIMERA PARTE

### Capítulo I

#### NOCIONES PRELIMINARES

##### 1.—*Prolegómenos.*

La organización de la justicia penal, cuya máxima expresión es el proceso, se encuentra evidentemente vinculada a las soluciones que se obtengan en la investigación de tres instituciones fundamentales: el Estado, el Derecho y la Pena.

Dos corrientes filosófico-políticas —el socialismo y el individualismo— pretenden orientar dicha organización. Obviamente, según predomine una u otra, se entregará al Estado la exclusiva investigación del delito y la facultad de aplicar la pena correspondiente, o se le colocará en la cómoda posición de árbitro, para resolver la contienda que ante él se deduzca. La aceptación de cualquiera de ambas tendencias nos vincula al origen de los clásicos sistemas procesales conocidos en la historia jurídica con los nombres de Inquisitivo y Acusatorio.

Evidentemente, no pecaríamos de error si sostenemos que aún en la actualidad la doctrina procesal se debate entre ambos sistemas para decidir la organización que debe darse al proceso penal. No obstante, cualquiera que fuere la posición que lo inspire en el texto legal, hoy día es indiscutible que se encuentra gobernado por un conjunto de principios que explican jurídicamente la naturaleza de las actuaciones judiciales, de la prueba, de la personería de las partes intervinientes, de la defensa, de la acusación,

etc. La determinación de estos principios nos señala el carácter eminentemente científico que inviste actualmente el proceso penal, aún cuando sea expresión de un sistema inquisitivo o de un sistema acusatorio.

Nos proponemos en esta oportunidad desarrollar una breve monografía referida primordialmente al análisis histórico y jurídico de los diversos sistemas que inspiran el proceso penal. Tiene importancia nuestro estudio, porque el análisis y crítica de las instituciones jurídicas siempre ha determinado la posición que debemos adoptar en procura de una realización más efectiva del derecho; en nuestro caso, del derecho procesal penal. El interés e importancia es mucho más evidente si recordamos que en el derecho procesal chileno, el sistema que sanciona el Código del ramo se encuentra en la actualidad sujeto a severas críticas que invocan tanto los teóricos como aquellos que actúan en el foro.

Constituiría una imperdonable jactancia de nuestra parte, pretender que esta monografía representara el faro en la discusión; conocemos nuestros recursos. Pretendemos, únicamente, llamar la atención, en cuanto a nuestro derecho se refiere, respecto a la imperiosa necesidad que existe para que se reforme nuestro Código de Procedimiento Penal, consagrándose en él un sistema que represente fidedignamente el prestigio jurídico de Chile. Tal es nuestro objetivo. La particular posición que adoptemos o nuestras opiniones personales son secundarias con respecto a la finalidad que anhelamos.

En otro sentido, formalmente, desarro-

llaremos esta monografía a través de tres Capítulos. El primero tiene por objeto señalar las bases teóricas, en especial referentes al proceso penal, que servirán para tratar propiamente el tema que nos ocupa. El Capítulo II se referirá, específicamente, a los sistemas procesales penales; materia que estudiaremos tanto en su aspecto doctrinario como histórico; porque, indiscutiblemente, la historia de una institución jurídica nos procura el dato de la experiencia, de inapreciable valor para comprender la necesidad de su posible reforma. Finalmente, el último Capítulo contendrá un análisis del sistema legal que actualmente nos rige, referido al tema que nos ocupa. Esta última parte de la monografía es, a nuestro juicio, la más interesante, porque en ella pretendemos cumplir el objetivo antes expuesto.

## 2.—*Naturaleza jurídica del proceso penal.*

Hemos dicho anteriormente que la máxima expresión de un sistema procesal penal es el proceso. Es indubitable que éste representa una síntesis de aquél y, consiguientemente, reflejará sus virtudes o defectos. Esta lógica conclusión nos obliga, teniendo en consideración únicamente fines de método, a determinar brevemente en este párrafo y en los que le siguen, la naturaleza ontológica y objetiva de esta institución jurídica.

Si nos atenemos a un orden histórico, podemos clasificar en dos grupos las diversas doctrinas que se han elaborado para precisar la naturaleza jurídica del proceso penal: A) Teorías Privatistas y B) Teorías Modernas. Las analizaremos en el mismo orden.

A) *Teorías Privatistas.*—Estas teorías, en la actualidad ampliamente superadas, pretendieron identificar la naturaleza jurídica del proceso penal con el instituto de la *litis contestatio* elaborada por el Derecho Romano. En verdad, los teóricos reconocieron al proceso penal la misma condición que atribuían al proceso civil. Los romanos, siguiendo un criterio más pragmático que jurídico, explicaron el proceso como una fuente de obligaciones y así, entonces, éste constituía un contrato que ligaba a las partes.

La doctrina francesa siguió fiel a la concepción romana hasta el siglo XIX —época en que se inician las grandes transformaciones científicas del derecho procesal—. Con la intención de incorporar ideas renovadoras a la doctrina clásica, los doctrinarios españoles, fundamentalmente, concibieron el proceso vinculado a otra fuente de obligaciones: el cuasi-contrato. Esta teoría tuvo amplio desarrollo en España y repercutió ostensiblemente en América Latina.

Realmente, las Teorías Privatistas podrían representar una explicación objetiva del proceso penal: es evidente que origina derechos y obligaciones para las partes; pero, su naturaleza jurídica permanece en la incógnita. Este defecto fundamental ha determinado en la actualidad la superación casi absoluta de semejantes teorías. No obstante, su fama ha sido tal que aún, más de algún autor, identifica al proceso penal con un cuasicontrato.

B) *Teorías Modernas.*—Pretenden explicar la naturaleza jurídica del proceso penal en base a un criterio eminentemente científico. Siguiendo el orden de su elaboración, que comenzó en el siglo XIX, podemos señalar como las más prestigiosas aquéllas que explican el proceso penal como una “relación jurídica”; como una “situación jurídica”; circunscrito al mandato de la “norma límite”; y como una “institución jurídica”. Analicémosla en el mismo orden:

a) *Teoría de la relación jurídica.*—Tuvo origen en Alemania y logró gran desarrollo en Italia. Hegel y Bentham Hollweg fueron quienes primitivamente se refirieron a ella. Posteriormente, von Bülow la elaboró siguiendo un sistema. Este autor explicó la expresión “*iudicium*”, contenida en el Digesto, como significativa de una relación jurídica, compleja y comprensiva de todo el proceso. (1)

La Teoría de la relación jurídica es la concepción más difundida actualmente, aún cuando sus sostenedores no se encuentran absolutamente concordes en cuanto a sus caracteres, su extensión, su

(1) Clariá Olmedo, Jorge. “Tratado de Derecho Procesal Penal” Pág. 394.

contenido, sus etapas y los sujetos intervinientes.

Primitivamente, esta teoría fue elaborada para explicar la naturaleza jurídica del proceso civil. Consecuente con ello, von Bülow sostiene que la ley regula durante la substanciación de aquél, la actividad que desarrollan las partes y el juez; y como el proceso tiene por contenido pretensiones y deberes jurídicos recíprocos entre las partes y el tribunal, se forma una relación de derecho, de desarrollo progresivo, con carácter autónomo y complejo que pertenece al derecho público y que persigue como única finalidad la aplicación de la ley.

El deber más sobresaliente en esa relación jurídica es la obligación del juez de proveer a las peticiones de las partes, aun cuando la ley no contemple expresamente el caso planteado o lo contemple defectuosamente.

Mortara y Chioventa han desarrollado con mayor énfasis esta teoría en su aspecto civil. (1).

El tratadista alemán Bierling (2), en 1892, y posteriormente Birkmeyer (3), desarrollaron metódicamente la teoría de la relación jurídica con referencia al proceso penal. El segundo de los autores señalados nos indica que el contenido de la relación —en su aspecto penal— es una pretensión jurídica de las partes contra el juez y, al mismo tiempo, de una de las partes contra la otra, predominando como manifestación fundamental el deber del juez respecto a las partes y al Estado de emitir una sentencia justa. Correlativamente, existe la obligación de las partes de prestar su colaboración para que se cumpla eficazmente el deber señalado.

Lo dicho representa, en síntesis, la explicación de la naturaleza jurídica del proceso penal, considerado como relación jurídica.

Siguiendo la misma tendencia, otros autores, en especial Arturo Rocco (4), han logrado una elaboración más sutil. Para este tratadista, el hecho delictuoso genera una contradicción entre la norma penal y la norma constitucional, si se considera que la primera procura la san-

ción y la segunda protege la libertad. Este conflicto debe ser dirimido por el órgano jurisdiccional, el cual actúa a instancias de un órgano ejecutivo penal; quien, a su vez, se constituye en actor para la defensa del derecho de punir. Frente al mismo, el particular tiene el derecho de defender su libertad amenazada.

No obstante, cualesquiera que fueren los matices con que se pretenda adornar la teoría de la relación jurídica, lo cierto es que, en su concepción más pura, podríamos explicarla, juntamente con Clariá Olmedo, como aquel vínculo que se produce entre las partes y el juez, con motivo del ejercicio de los poderes y del comportamiento de los deberes que la ley procesal atribuye o impone, y que, como atributos típicos, se le asignan aquéllos de que pertenece al derecho público; de que es autónoma de la relación jurídica substancial penal y, finalmente, de que su naturaleza es compleja (5). Algunos autores, sin embargo, sostienen que esta relación es sólo bilateral, no concibiéndose su existencia entre acusado y acusado.

Por nuestra parte, sin desconocer que la teoría en análisis constituye el primer esfuerzo para explicar científicamente la naturaleza jurídica del proceso penal, estimamos que la misma, peca de abstraccionismo y es incapaz, consiguientemente, de explicar la institución en su aspecto objetivo; porque no debemos olvidar que el proceso representa una entidad tangible, cuyas consecuencias, evidentes y palpables, obedecen a un substrato teórico. En consecuencia, no nos satisface una doctrina que solamente se circunscribe a un solo aspecto de su naturaleza jurídica.

b) *Teoría de la situación jurídica.*— Nació en franca oposición a la teoría de la relación jurídica. Su creador fue el profesor de la Universidad de Berlín, James Goldschmidt. Con todo acierto, asevera que la obligación del juez de conocer de la demanda o de la acusación se fundamenta en el derecho público que impone al Estado el deber ineludible de administrar justicia por intermedio del juez; éste se encuentra obligado frente al Estado y a los ciudadanos; pero el

(1) Cit. p. Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 399.

(2) Cit. p. Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 403

(3) Cit. p. Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 403

(4) Cit. p. Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 404

(5) Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 406.

incumplimiento de sus obligaciones no origina consecuencias en el proceso mismo, entregado a su decisión, sino que, siendo su responsabilidad de carácter civil o penal, ellas deberán perseguirse en otro juicio especial.

Las partes tampoco tienen obligaciones procesales en el proceso en que actúan, por cuanto, en el mismo, únicamente tienen cargas y, entre ellas, las de comparecer y participar en el juicio. Si se considerara que las partes tienen la obligación de realizar actividades para facilitar la labor del juez, lo cierto es que, en semejante suposición, estamos frente a deberes cívicos semejantes a los de los extraños al proceso, como el testigo, v. gr.; pero no ante deberes procesales. Negando tales presupuestos, Goldschmidt llega a la conclusión de que el proceso penal no es una relación jurídica.

¿Cómo explica, entonces, Goldschmidt la naturaleza jurídica del proceso penal? En su obra intitulada "Das Prozess als Rechtslage", después de formular las negativas expuestas precedentemente, sostiene que "las normas substantivas constituyen un sistema de regulación del proceso, siendo medidas que se dirigen al juez y a las partes; y como el proceso tiene por fin beneficiar a estas en la obtención de la cosa juzgada, la sentencia es para las partes una expectativa, por lo cual las partes tienden a procurarse, mediante actos procesales, una situación favorable y, al mismo tiempo, a evitarse perjuicios. De aquí que el dinamismo del proceso se caracterice por un estado de incertidumbre, no siendo, en suma, sino la promesa de una sentencia favorable o la amenaza de una sentencia desfavorable. Concluye sosteniendo que las partes sólo tienen cargas y posibilidades y el juez es únicamente el órgano del Estado que rige y gobierna el proceso". (1). En realidad, las expectativas, posibilidades, cargas y liberaciones de cargas, todas de sentido procesal, representan el esqueleto de la teoría elaborada por Goldschmidt.

Siguiendo su razonamiento, el autor mencionado nos señala que la ley penal representa una amenaza de pena para el culpable, la cual se cumple por un

proceso judicial de condena y ejecución. Esta es la razón precisa que permite considerar al lazo jurídico procesal penal como una carga. Esta carga no se encuentra ligada, precisamente, al hecho punible, sino a la prueba de ese hecho. Esta inviste, también, la condición de carga, impuesta por la amenaza penal. Finalmente, la obligación de una de las partes de prevenir las desventajas procesales de condena y ejecución, constituye una carga de defensa, basada en el imperativo de su propio interés.

Consecuencialmente, tanto el querrelante como el procesado tienen cargas que cumplir en el proceso penal. No escapa a esta evidencia el propio ministerio fiscal, sobre el cual pesan cargas que culminan en la acusación.

Más aún, también en el proceso penal existen expectativas y posibilidades, las que serán mayormente numerosas en un proceso penal inspirado en el sistema acusatorio.

Es indiscutible que la teoría que preconiza Goldschmidt, presenta caracteres dinámicos que no se observan en la teoría de la relación jurídica. Su explicación es inobjetablemente más realista y objetiva que aquélla, sin olvidar, tampoco, la esencia científica del proceso. Su defecto, si alguno quiere atribuírsele, consistiría en el hecho de que la conclusión final del litigio quedaría liberada a la destreza y actividad de las partes. En definitiva, semejante conclusión podría ser tachada de extrajurídica; pero muestra al proceso —fundamentalmente en su aspecto, civil— como una vivencia efectiva y no como la teoría absoluta lo desca.

Sin embargo, la crítica más fundamentada que podríamos formular a la teoría de la situación jurídica, consiste en que si se le lleva a sus últimos extremos, sobre la base de que únicamente las partes tienen cargas ante el Estado, identificado en el poder jurisdiccional, podríase desembocar en una política totalitaria del proceso; política que ya hemos visto desarrollarse en la Alemania regida por el régimen nacional socialista. Constituye, en consecuencia, una misión esencial de los doctrinarios del derecho señalar en el texto legal el sistema o método que impida una consecuencia tan funesta.

En la actualidad, autores tan autori-

(1) Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 409.

zados como Eberhard Schmidt (1) son paladines y preconizan la teoría de la situación jurídica para explicar la naturaleza del proceso penal.

c) *Teoría de la norma límite*.—No menos atractiva que la anterior es esta posición elaborada por Vincenzo Lanza (2). Según su autor, el proceso no es una relación jurídica que contenga derechos y deberes jurídicos recíprocos, sino un vínculo común de obediencia a la regla de derecho. La aplicación del derecho es la finalidad última de este vínculo jurídico, la cual se logra mediante los actos procesales que en él se desarrollan.

El concepto de norma jurídica penal, considerada como "norma límite", explica los fenómenos jurídicos que se originan en el proceso penal. Así, por ejemplo, el deber del juez de dictar sentencia es una función del órgano jurisdiccional cuya existencia se encuentra condicionada a la función misma. Ese deber del juez nace, exclusivamente, en virtud del mandato contenido en la norma; la cual limita, consecuentemente, el poder del juez. Prosiguiendo el razonamiento lógico, éste, en definitiva, está obligado a emitir el pronunciamiento.

El mismo razonamiento expuesto, puede formularse respecto de las partes, en cuanto a su actividad propia se refiere, consideradas tanto individualmente, como en su actuación conjunta entre ellas y ante el juez.

La teoría de Lanza se complementa con aquella que explica la naturaleza y contenido del poder punitivo del Estado, propugnada por Vélez Mariconde.

Nosotros consideramos, no obstante el logicismo jurídico que se advierte en la doctrina de Lanza, que su defecto reside, al igual que la teoría de la relación jurídica, en extremar el aspecto puramente científico contenido en el proceso; olvidando su carácter objetivo, también evidente. No se puede inclinar la balanza en uno solo de sus extremos.

d) *Teoría de la institución jurídica*.—Guasp, para el proceso civil, y posterior-

mente Viada, para el proceso penal, (1), han formulado una teoría distinta de las anteriores, mediante la cual se asevera que el proceso representa una institución jurídica. La misma ha sido preconizada en España por Jiménez de Asúa.

En su aspecto penal, esta teoría se explica diciendo que el proceso es un instrumento ideado para resolver un conflicto de intereses de la misma sociedad, puesto que, en un sentido, a la colectividad le interesa el castigo de los verdaderos culpables, y en el otro, le interesa evitar la condena de los inocentes. Este planteamiento, conduce a la conclusión lógica de que el proceso penal debe organizarse sobre la base de que exista en él un representante de la colectividad encargado de defender cada interés. Este es el éxito de esta doctrina; pero constituye un éxito parcial, por cuanto da lógica solución a un solo aspecto del proceso penal: la necesaria existencia de un defensor oficial, integrado en el órgano jurisdiccional que, a su vez, es considerado integrante del Estado.

e) *Otras teorías*.—Verdaderamente, las teorías expuestas pueden ser señaladas como las más importantes que se han elaborado para explicar la naturaleza jurídica del proceso penal. Sin embargo, merece especial mención aquella doctrina propugnada por Wach, que afirma que el proceso es el medio adecuado para la realización de la exigencia de protección jurídica por el Estado. Su autor ideó esta posición, en un principio, para conceptualizar acertadamente la acción en el proceso; pero la amplió para justificar la naturaleza jurídica de éste frente a las críticas que se formulaban a la doctrina [de la relación jurídica]. Wach entiende por "exigencia de protección jurídica", el derecho subjetivo jurídico procesal de la parte, para conseguir que el Estado le otorgue la protección jurídica procedente, mediante una sentencia favorable. (2). En realidad, el mérito de Wach consiste en haber "procesalizado" la institución substancial denominada "pretensión" e introducida por Windscheid.

(1) Schmidt, Eberhard. "Los fundamentos Teóricos y Constitucionales del Derecho Procesal Penal", pág. 41.

(2) Lanza, Vincenzo "Sistema di Diritto Processuale Penale Italiano", T. I., pág. 468. Cit p. Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 394 y ss.

(1) Autores citados p. Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 402 y ss.

(2) Autor Cit. p. Clariá Olmedo, Jorge. Ob. Cit. pág. 404.

Finalmente, en el método que nos hemos propuesto, debemos citar la doctrina preconizada por Carnelutti, quien considera que el proceso representa no una relación jurídica, sino una combinación de actos que implican una relación jurídica, o, mejor dicho, un conjunto de relaciones jurídicas. (2).

Sobre la base de semejante planteamiento, es innegable que la teoría de Carnelutti carece de trascendencia con respecto a las anteriores, porque representa, realmente, una justificación más de la teoría de la relación jurídica.

### 3.—*Los principios teóricos que rigen el proceso penal.*

Establecida, para nosotros, la naturaleza jurídica del proceso penal, sobre la base de que éste tiene el carácter de una "situación jurídica", nos corresponde, en esta oportunidad, precisar, brevemente —cumpliendo el método que nos hemos propuesto— las distintas reglas o principios que informan la institución.

Es mínima o muy sutil la discrepancia que existe, actualmente, entre los diversos tratadistas en relación a dichos principios. Sin embargo, lo cierto es que la evolución de la doctrina procesal ha logrado determinar en nuestra época, en la generalidad de las legislaciones vigentes, la existencia de dos principios como bases fundamentales del proceso penal: el Principio de la Oficialidad y el Principio de la Verdad Real o Material.

Nosotros consideramos que alrededor de ambos giran y se subordinan los otros basamentos de la institución. Esta conclusión concuerda, en nuestro concepto, con la naturaleza jurídica del proceso penal sustentado por Goldschmidt. Funremos oportunamente nuestra aseveración.

El principio de la Oficialidad, explicado sucintamente, según la conceptualización que formula Vélez Mariconde, consiste en la facultad excluyente del Estado para perseguir el delito cometido; facultad equivalente a un derecho y deber de su órgano jurisdiccional. Este principio se ha logrado obtener a través de un lento proceso, mediante la suplan-

tación del pensamiento jurídico y del derecho de autodefensa de los particulares.

Ratifican la conclusión precedente, las siguientes expresiones de Eberhard Schmidt: "El mayor significado de la evolución del derecho inquisitivo consiste en que la lucha contra el delito ha sido reconocida como función del Estado, y que en la conciencia jurídica se ha arraigado el principio de la persecución pública y oficial del Estado". (1).

Por otra parte, sería inconcebible fundamentar un proceso penal, exclusivamente, en la máxima de la Oficialidad. Ello significaría preconizar, a lo menos, teóricamente, un retroceso hacia la época en que dominaba la política inquisitiva en su mayor esplendor. Etapa felizmente superada. Para evitar semejante conclusión nosotros propugnamos la posición de determinados autores (Manzini, Schmidt), en el sentido de que el otro basamento del proceso penal lo constituye el principio de la Verdad Real o Material. Ambos principios se identifican con la concepción "unitaria" del proceso.

Tiene tanta trascendencia el principio de la Verdad Real que, actualmente, su obtención constituye una obligación ineludible de todos los órganos del Estado que participan en la investigación de un delito. Según nos advierte Schmidt, dicha obligación "determina su poder ético-jurídico". "Una de las más ingeniosas ideas de los grandes juristas del siglo XIX, a quienes debemos el derecho penal reformado, ha sido que esta obligación no sólo incumbe al tribunal sino, también, al acusador público. Sería francamente inmoral que se confiara al acusador oficial autoridad pública y poder, para que con parcialidad luchara contra el ciudadano acusado". (2).

El autorizado tratadista Ferrari (3), sin embargo, adopta una posición "publicística y estatal" del proceso; considera que todos los principios y reglas que lo informan tienden a unirse en torno al principio absoluto de la Oficia-

(1) Schmidt, Eberhard. Ob. Cit. pág. 199.

(2) Schmidt, Eberhard. Ob. Cit. pág. 202.

(3) Ferrari, Vincenzo. "La verità penale e sua ricerca nel diritto processuale". Cit. p. Vélez Mariconde, Alfredo. "Estudios de Derecho Procesal Penal". T. II., pág. 39 y ss.

(2) Carnelutti, Francesco. "Lecciones sobre el Proceso Penal". T. II. pág. 3 y ss.

lidad, inclusive aquél de la Verdad Real. Participan de la doctrina de Ferrari, entre otros autores, Tolomei y Sabatini.

Por su parte, Vélez Mariconde impugna fervientemente la posición de Ferrari; pero ello no quiere decir que también acepte la concepción "unitaria" del proceso. Textualmente nos señala: "Sin hacer cuestión de nombres, considero que al lado y no abajo de los principios de Oficialidad y de la Verdad Real, con igual dignidad científica, debe ocupar un lugar prominente el de la Inviolabilidad de la defensa, así designado para seguir nuestra tradición constitucional; es decir que los tres son estrellas de primera magnitud, de la misma categoría, y que es erróneo hacer derivar el último de alguno de los primeros. No se afirma el derecho de defensa "porque" el proceso penal sea una obra del Estado u oficial, ni se oye a las partes "para" favorecer el imperio de la verdad, sino "para" que ellas tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos e intereses". (1).

Realmente, Vélez Mariconde expresa sus temores —después de descartar la posición de Ferrari— en el sentido de la aceptación de los principios, únicamente, de la Oficialidad y de la Verdad Real sean insuficientes para asegurar las garantías individuales en el proceso, desembocándose en una concepción "totalitaria" del mismo, por la sofocación que se haría del interés del individuo en aras del interés público.

En cuanto a nosotros se refiere, ya hemos dicho que preconizamos la concepción unitaria como fundamento del proceso penal. Estimamos, además, que esta posición concuerda, en absoluto, con aquélla que sostiene Goldschmidt para explicar que el proceso constituye, en su naturaleza, una situación jurídica. No aceptamos la concepción "dualística" de Vélez Mariconde, porque el principio de la Inviolabilidad de la defensa que introduce como otro fundamento de la institución, no se justifica, si concluimos que aquél denominado de la Verdad Real o Material es suficiente para derivar del mismo un sistema contradictorio que, obviamente, a su vez, conduce al reconocimiento de la "inviolabilidad de la defensa".

(1) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. II, pág. 41.

En cumplimiento del método que nos propusimos, hemos señalado sucintamente los fundamentos del proceso penal. No nos corresponde referirnos a otros principios que no fueren los ya señalados. Ello es lógico, porque los demás —lo hemos aseverado anteriormente— son subordinados o una consecuencia de los mismos. En este aspecto, preciso es reconocer que los corolarios denominados autoritariedad, oficiosidad, legalidad, indeclinabilidad, improrrogabilidad e indisponibilidad no se conciben sino como satélites del principio de la Oficialidad. En otro sentido, aquellos corolarios denominados oralidad, intermediación, concentración, identidad física del juzgador, publicidad, investigación autónoma, libre convicción e inviolabilidad de la defensa no se explican sino como dependientes o subordinados al principio de la Verdad Real.

Ahora bien, los principios enunciados y sus corolarios deben ser disciplinados por el legislador, en un sistema de derecho procesal. Este prescribe las "formas" en que deben ser cumplidos en la realidad; establece, además, el orden de proceder o "procedimiento" que es preciso cumplir. En este sentido, según lo observa Vélez Mariconde, "los actos procesales son jurídicos, puesto que se encuentran definidos y coordinados por el Derecho".

Como una justa conclusión de este Párrafo, en el cual hemos analizado, en la medida que nos conviene, los Fundamentos del proceso penal —habiendo estudiado anteriormente su naturaleza jurídica— cabe preguntarnos ¿Cuál es la finalidad que persiguen cumplir esos actos procesales cuya esencia y fundamentación ya conocemos?

La respuesta procuraremos dárnosla en el Párrafo que sigue; cuidándonos de no confundir los fines del proceso penal con los "intereses" que debe tutelar.

#### 4.—*La finalidad del proceso penal.*

La experiencia histórica nos señala que no siempre se asignó al proceso penal la misma finalidad. La doctrina se ha dividido en dos posiciones opuestas para concebir la función "político-jurídica del instituto" (von Beling).

En una época cuya tónica fue el desprecio de la personalidad humana, y se

pensó, únicamente, en el interés de la sociedad, se concibió el proceso como un instrumento cuyo fin exclusivo era la represión del delito, sin preocuparse del hombre que experimentaba la persecución penal sepultado en cárceles infectas. El proceso penal se convirtió, entonces en un elemento del poder, desconocedor de los intereses individuales. Esta utilitaria finalidad hizo exclamar a Voltaire: "¡Les formes en France ont été inventées pour perdre les innocentes!".

"Ese olvido de lesa humanidad, propio de regímenes despóticos, hizo germinar la idea de ver un culpable en todo acusado, mientras que en la defensa de éste, a veces concedida y otras negada, no se advertían más que engaños y peligros para la justicia. Entonces el objetivo primario era "punir" o, más exactamente, "condenar". (1).

Semejante concepción que se tradujo en la creación de instituciones tan abominables como son la tortura o la negación de la defensa al imputado, determinó, posteriormente, cuando afloraran las ideas republicanas, una reacción excesiva que trasladó la situación al polo opuesto. Entonces, se consideró al proceso penal "como un medio para tutelar la inocencia". Y, según lo expresara Carnevale, "toda nueva garantía introducida a favor de quien es sometido a la dura prueba de un proceso penal parece una exaltación del principio democrático". (2).

Si analizamos serenamente ambas tendencias en la política jurídico-penal que debe cumplir el proceso, concluiremos, con absoluta razón, que las dos pecan de unilaterales y deben ser rechazadas por el extremismo que alientan.

Efectivamente, la primera posición ubica el problema en un terreno eminentemente utilitario, considerando al proceso como un simple medio de defensa social, en desmedro de la personalidad humana y de su atributo esencial: la libertad. En verdad, los seguidores de esta escuela confunden los conceptos, más propiamente que un instrumento de defensa social, si se le quiere considerar utilitariamente, el proceso debe

ser conceptualizado "como un medio de defensa del derecho"; y, desde este punto de vista, serviría para "legitimar la violación del derecho individual". se consagra, en consecuencia, el duro principio "salus publica suprema lex es". Acertadamente resume lo dicho el maestro Carrara: "se substituye la dominación de la utilidad a la dominación (la única legítima) de la justicia". (3). No obstante la modalidad más lógica y jurídica que podemos apreciar en esta posición, lo cierto es que no puede apartarse de su estrato utilitario. Ello nos basta para desecharla.

"La segunda concepción, por el contrario, además de olvidar el interés represivo de la sociedad, robusteciendo exageradamente "la posición del acusado", afirma un concepto erróneo de la inocencia. En realidad, con criterio jurídico y no ético, inocente es —como expresa Manzini— la persona que resulta no culpable del delito que se le atribuye. Trátase de un estado negativo que emerge de la aplicación de la ley penal. No puede admitirse, pues, que el proceso tenga la finalidad de tutelar la inocencia.

Nosotros consideramos que las posiciones expuestas no explican, precisamente, la finalidad que pretende el proceso penal. Ambas, realmente, interpretan, en sentido adverso, los intereses que resguarda el instituto.

¿Cuál es, entonces, la intrínseca finalidad del proceso penal?

"El proceso penal —como expresa Manzini— no constituye ni una discusión académica para resolver en abstracto un punto controvertido de derecho ni un estudio ético tendiente a la reprobación o aprobación de la conducta moral de un individuo. La finalidad del proceso es eminentemente práctica, actual y jurídica y se limita a la declaración de certeza de la verdad en relación al hecho concreto y a la aplicación de sus consecuencias jurídicas". (4).

Vélez Mariconde sintetiza acertadamente las expresiones de Manzini al señalar que "el proceso tiene por finalidad mediata la justa actuación de la ley penal", es decir, la función de hacer

(1) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. II., pág. 40 y ss.

(2) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. II., pág. 40 y ss.

(3) Carrara, Francesco.

(4) Manzini, Vincenzo. "Derecho Procesal Penal". T. I., pág. 248.

concretas y reales las previsiones abstractas de dicha ley (1).

Prosiguiendo su razonamiento —que lo hacemos nuestro— el profesor de la Universidad de Córdoba señala que si tratamos de percibir la dirección característica del proceso penal, éste aparece, como el instrumento jurídico para esclarecer la verdad de los “hechos y la personalidad moral y psíquica” del imputado, o sea, que no se satisface (como el proceso civil) con el aspecto puramente objetivo de los primeros, sino que penetra en las condiciones personales del imputado a fin de que, en caso de condena, la sentencia se ajuste a ellas en cuanto a la calidad y cantidad de la sanción. Es esta una exigencia del derecho penal.

Resumiendo, el proceso penal tiene por finalidad práctica y jurídica obtener una justa actuación de la ley penal; actuación que se identifica con las siguientes tareas esenciales:

1º) Comprobar “si existe un hecho delictuoso” y, en dicho evento, establecer las circunstancias objetivas que sean jurídicamente relevantes, es decir, aquellas que lo califiquen, agraven o atenúen; lo justifiquen o influyan en la punibilidad correspondiente.

2º) “Individualizar a los culpables de la infracción penal”; sean éstos, autores, instigadores o cómplices.

3º) Establecer “las condiciones personales” (edad, educación, condiciones de vida, etc.) del culpable, en cuanto sirvan para determinar su imputabilidad y su mayor o menor peligrosidad.

4º) Señalar, cuando correspondiere, la “sanción” que debe ser aplicada al culpable (pena o medida de seguridad).

5º) Establecer la indemnización debida, siempre que se haya ejercido la acción civil ex delicto.

Para finalizar nuestra exposición, diremos, sin mayores comentarios, que la finalidad del proceso penal obviamente puede lograrse mediante la facultad de imperio, inherente al órgano jurisdiccional.

## 5.—Concepto del proceso penal

En los Párrafos anteriores nos hemos referido, con la brevedad que exige nuestro método, a la naturaleza jurídica, a los fundamentos o principios y a la finalidad u objetivo del proceso penal. Preciso es, en esta oportunidad, y a modo de síntesis, determinar un concepto jurídico del instituto. Este concepto deberá, lógicamente, resumir nuestra posición en relación a las materias precedentemente reseñadas.

Cuanto hemos dicho, tiene por objeto obtener una explicación de este fenómeno llamado “proceso penal” y que representa “la máxima expresión” de un sistema procesal. Desde este punto de vista, la institución se identifica con el sistema procesal que le da vida. Es obvio, en consecuencia, que los defectos o virtudes de éste trascenderán a aquél.

Acerbas son las críticas que formulan al proceso penal nuestro los estudiosos del derecho y aquéllos que actúan en el foro. Es indiscutible que el ciudadano común experimenta un temor indisimulado ante la posibilidad de ser comprometido en un proceso penal; éste no le ofrece ninguna garantía, en un caso hipotético, de que su buena fe o actuación exentas de dolo serán prontamente acreditadas y reconocidas. Todo ello, es consecuencia innegable del defectuoso sistema procesal penal que nos rige.

Consecuentes con las deducciones anteriores, y teniendo como base las diferentes conclusiones consignadas en los Párrafos precedentes, podemos afirmar, sin temor de equivocarnos, que el proceso penal puede ser conceptualizado jurídicamente en un doble aspecto: en un sentido abstracto y con un criterio objetivo.

Abstractamente considerado, podemos definir la institución, juntamente con Eberhard Schmidt, como “el fenómeno jurídicamente reglamentado, que se desarrolla de situación en situación, con el fin de obtener una justa actuación de la ley sobre una relación de derecho material, mediante una decisión judicial” (2).

Desde un punto de vista objetivo, en

(1) Veléz Mariconde, Alfredo Ob. Cit. T. II, pág. 42 y ss.

(2) Schmidt, Eberhard, Ob. Cit., pág. 41 Nosotros hemos alterado la definición de este autor en su última parte, porque no concuerda con la finalidad que atribuimos al proceso penal.

## Capítulo II

### Sección Primera

#### EVOLUCION HISTORICA

##### 1.—*Explicaciones preliminares.*

cambio, el proceso penal se nos representa como un molde predispuesto al que debe adecuarse la concreta actividad de todas las personas públicas y privadas que en él intervengan. En este sentido, Vélez Mariconde nos da una acertada conceptualización cuando afirma que el proceso penal “se explica como una construcción específica del ordenamiento jurídico, para ver en él un instrumento que el Estado disciplina a fin de que sus órganos actúen la ley penal” (1).

La definición anterior, que bien puede servir para conceptualizar lo que se entiende por sistema procesal penal, es la que, precisamente, nos interesa en esta monografía. Para obtenerla, hemos elaborado toda la sistematización que antecede. No era tarea fácil referirse a las bondades o defectos de los diversos sistemas procesales —en especial el nuestro— sin antes haber precisado la naturaleza jurídica que los rige.

En verdad, la materia que nos hemos propuesto abordar es eminentemente objetiva; sin embargo, no podíamos olvidar su naturaleza jurídica abstracta; como, tampoco, sus fundamentos y finalidades. Es evidente que las conclusiones respectivas nos servirán de guía para justificar las críticas que oportunamente formularemos.

Finalmente, y sirviéndonos de fundamento las enseñanzas del Profesor Hugo Pereira, debemos dejar en claro que los principios teóricos esbozados en los Párrafos precedentes, los hemos reseñado en función del “proceso penal contencioso”, o sea, aquél que resume un conflicto de los intereses del Estado con aquellos del individuo particularmente considerado. No se refieren al “proceso penal no contencioso”, es decir, a aquél en que se pretende aplicar a un sujeto medidas preventivas, curativas o educativas, con las cuales el Estado cree que va a obtener que ese sujeto no cometa delito (2).

Los pueblos primitivos no consideran el delito como un atentado contra el orden moral o jurídico, según se califica actualmente, sino como un daño que con él se causa a una o muchas personas. En conformidad a este criterio se deja entregada a la víctima o a sus parientes la tarea de obtener la indemnización debida o, subsidiariamente, la misión de tomar venganza.

Algunos autores pretenden deducir un comienzo rudimentario de justicia de aquella práctica muy difundida en algunos pueblos salvajes, consistente en dar muerte públicamente a los individuos culpables de atentados o infracciones más o menos graves. Es así, según Valentín Letelier, como en el derecho céltico nunca interviene el magistrado en la represión y castigo del asesinato. En el mismo sentido, el aymará siente un recóndito horror por el derecho y la justicia actual; y en el ayllu moderno, los delitos de sangre dan lugar solamente a la composición.

“La doctrina política que atribuye al Estado la obligación de velar activamente por la conservación del orden jurídico, doctrina que nos parece ser tan obvia y elemental, es una doctrina relativamente nueva, que no rige en los pueblos atrasados, donde la represión de la delincuencia está a cargo de la acción privada y que no ha llegado a establecerse sino muy a la larga, merced al lento desarrollo de la ciencia del gobierno” (3).

En realidad, los sistemas procesales penales tienen origen cuando la justicia penal pasa a constituir una función anexa del gobierno o de la asamblea legislativa. En Roma, durante el período de la monarquía, no podía el rey administrar justicia sino en presencia del pueblo entero. Esta circunstancia, como la provocatio, son indicios indiscutibles

(1) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. II, pág. 39.

(2) Pereira A., Hugo. Lecciones impartidas en la Cátedra.

(3) Letelier, Valentín. “Génesis del Estado y de sus Instituciones Fundamentales”, pág. 580.

de que la asamblea general siempre conservó potestad judicial; potestad que recuperó íntegramente en la época de la república.

Sin embargo, la historia auténtica del derecho penal y, consecuentemente, del sistema adecuado para sancionarlo, comienza en Roma con los juicios populares, y cuando más tarde las leyes Valerianas establecieron el recurso de apelación respecto de toda sentencia para ante el pueblo, se deja entrever, claramente, que la facultad de administrar justicia fue siempre prerrogativa del mismo. Ello es evidente porque "la apelación nace originariamente de la práctica que se adopta de ocurrir ante el juez que administra la justicia de propia autoridad, por vía de queja, contra los fallos dictados por los jueces delegatarios" (Valentín Letelier).

De manera semejante se desarrolló el procedimiento judicial en Atenas. Según lo afirma Plutarco, el pueblo ateniense habría comenzado a desempeñar funciones judiciales, únicamente, desde la época de Solón; debiendo a este gobernante esta facultad tan trascendental. Pero, la tradición de Hypermnestra parece acreditar un hecho diferente, porque cuando esta mujer en la noche de su boda se negó a consumir el asesinato de su marido, la acusación se entabló ante la asamblea del pueblo presidida por el rey, quien, no obstante su facultad de opinar primero, no tenía la exclusividad de la jurisdicción. En tiempos posteriores, bajo la dominación de los eupátritas, se establecieron los dos famosos tribunales del Archontados y del Areópago; y cuando el espíritu democrático reaccionó contra ellos, Solón estableció el derecho de apelar de sus fallos ante la Heliaia, nombre que tomaba la asamblea del pueblo cuando administraba justicia (Valentín Letelier).

Cuando el procedimiento para administrar la justicia se transfiere de manos del pueblo a las de la autocracia, quedan inevitablemente huellas visibles del origen popular del proceso. Entre las más evidentes púdescen citar la costumbre de oír y fallar las querellas en lugares abiertos, y en presencia del pueblo entero.

Valentín Letelier nos asevera que el acaparamiento de funciones judiciales

por los gobiernos, ha rendido, a la postre, los siguientes beneficios en los sistemas procesales penales: 1º) Otorgó un carácter coercitivo a la justicia penal que, en sus comienzos, fue puramente arbitral; 2º) La justicia penal se hizo más activa y eficaz, mediante la institución del ministerio público; 3º) El proceso se tecnificó abandonando el carácter empírico que conservó mientras fue atributo del pueblo; 4º) Diversificó el proceso penal, posibilitando su corrección dentro del mismo y enriqueciéndolo con tribunales de alzada, que son, por naturaleza, instituciones de fiscalización y revisión (1).

Corroborando la posición de Letelier, en cuanto se afirma que los primitivos sistemas procesales penales fueron establecidos por la gran masa del pueblo, porque fue atributo del mismo administrar la justicia, el connotado procesalista Carlos Zavala Loayza afirma, en forma concluyente: "Ya nadie cree, verdad, que el hombre haya podido vivir fuera de la sociedad y que el Estado sea una formación tardía, artificial e inestable. Los aportes de la Psicología colectiva, de la Etnología, del Totemismo, permiten afirmar, fuera de las exageraciones del jurnaturalismo, del historicismo —empleamos el neologismo para referirnos a la Escuela Histórica— o del positivismo, que todas las instituciones son producto espontáneo e inconsciente de la multitud, en cualquiera de sus diversas transformaciones: tribu nómada, tribu sedentaria, poblado, ciudad, estado o nación" (2).

En consecuencia, habiendo establecido, como primera premisa, la circunstancia de que la justicia penal y, consecuentemente, el sistema adecuado para imponerla, fueron atributos de la masa ciudadana, nos corresponde, en los Párrafos que siguen, referirnos al proceso evolutivo que siguió esta primera expresión formal en la administración de justicia.

## 2.—*Los sistemas penales clásicos.*

En el Párrafo que antecede, hemos aceptado que los pueblos primitivos ejer-

(1) Letelier, Valentín. Ob. Cit., pág. 601.

(2) Zavala Loayza, Carlos. Ob. Cit., pág. 85.

cieron la justicia penal mediante asambleas generales y en las cuales, probablemente, la sentencia era decidida por mayoría de votos. Cuando estos conglomerados humanos, movidos por la imperiosa necesidad de conservación y autodefensa, se organizaron políticamente, dando origen al Estado, lograron los autócratas militares, por efecto de circunstancias transitorias, sobreponerse a la masa, apoderándose de la suma total de las funciones públicas; entre ellas, la justicia. Realmente, entonces, podemos afirmar que han nacido los sistemas procesales penales.

Hemos dicho anteriormente que la actitud activa o pasiva del Estado en relación al proceso penal, apreciado objetivamente, dio origen, en el transcurso del tiempo, a los clásicos sistemas conocidos con los nombres de Inquisitivo y Acusatorio.

El análisis de ambos nos revela los problemas fundamentales que encierran, referentes a las acciones, a la prueba y a la jurisdicción.

En líneas generales, en el sistema acusatorio la acción se ejercita por la propia víctima, o sus parientes, siendo carga de los mismos rendir la prueba de testigos ante jueces populares. La acción, en consecuencia, es movida por aquél que sufrió el daño en su bien jurídico; calificándose por dicha circunstancia de privada. El proceso se desarrolla oral y públicamente, en razón de lo cual presenta todos los caracteres de una controversia semejante a un juicio civil. La víctima, o sus herederos, juegan el papel de demandantes; el victimario desempeña el rol de demandado, debiendo ser emplazado ante el jurado popular.

Por el contrario, en el sistema inquisitivo la acción se ejercita de oficio a nombre de la sociedad ante un juez eminentemente estatal; llamándose, por ello, acción pública. La prueba fundamental es la confesión, y para lograrla se acude a todos los métodos, incluso la tortura, "que no ha dejado de emplearse desde los albores de la humanidad". El proceso así concebido, constituye para el imputado una emboscada y la secreta investigación escrita culmina con la sentencia que dicta el propio investigador.

Cabe, ahora, preguntarnos ¿cuál de

estos dos sistemas, que responden a un anhelo de justicia, surgió primero?

Siguiendo el planteamiento de Kelsen, en orden a considerar que Estado y Pena son ideas correlativas, como aquéllas de libertad y responsabilidad; consideración que desemboca en aquella otra de que el Estado supone el Derecho, sin el cual no existiría convivencia social de ningún género, debemos concluir que tiene origen prevalente el sistema procesal inquisitivo, por su carácter eminentemente público y estatal.

No es posible la tesis contraria. "Deleznable resulta la construcción jurídica partiendo de lo individual, equivocando dos momentos, invirtiendo la realidad que marcha del todo a la parte, de la sociedad al individuo, del delito al contrato, del Derecho Penal al Derecho Civil" (1).

Ratifica la conclusión anterior, una observación puramente procesal: ¿cómo podría explicarse, entre otras instituciones, la apelación, cuyo mecanismo requiere que lo particular y privado siga a lo público, para volver de éste a aquél orden? Es así, como aquél que se creía lesionado en su derecho por la sentencia, recurría a la fuente primitiva. Exponía ante el juez infalible —llámese jefe, rey o pontífice— sus quejas respecto de la sentencia que había dictado el juez de dudosa capacidad. Cuando aquéllas eran escuchadas, la evolución del derecho, especialmente entre los romanos, dio nacimiento a la institución denominada "provocatio", en lo penal, y "appellatio", en lo civil. Esta simple argumentación nos aclara toda duda respecto de la interrogante que anteriormente nos planteamos.

Habiendo establecido, consiguientemente, que el sistema procesal penal inquisitivo nació, como una necesidad social, y franca expresión estatal, mucho antes que el sistema acusatorio, nos corresponde, a continuación, realizar una reseña de la evolución de ambos en la cultura occidental que nos pertenece. Lógicamente, nos referiremos, en primer término, a los sistemas jurídicos elaborados por los pueblos ateniense y romano, en los cuales tuvo origen dicha cultura.

Este análisis es necesario, porque la

(1) Zavala Loaiza, Carlos. Ob. Cit., pág. 86.

evolución histórica nos proporciona el dato de la experiencia; de indiscutido valor para calificar acertadamente aquello que actualmente nos riga.

### 3.—*El proceso penal ático.*

El pueblo ateniense, una vez lograda la consolidación de su cultura eterna, evolucionó jurídicamente hacia un proceso penal acusatorio imperfecto —si lo calificamos con el padrón actual—. Se permitía la persecución del delito por cualquier individuo perteneciente al pueblo; debiéndose verificar el juicio en el plazo perentorio de veinticuatro horas en el Agora, ante un jurado llamado Tribunal de los Heliastas, constituido por un enorme número de jueces, que a veces alcanzaba hasta seis mil miembros. Aquél que condenó a Sócrates constaba de quinientos cincuenta y seis heliastas.

Claro ejemplo del procedimiento penal ateniense lo proporciona el proceso que se siguió a aquel filósofo.

“La acusación pública que abrió el juicio, estaba concebida en los siguientes términos: “Mélito, hijo de Mélito del demos de Pithos, acusa bajo juramento a Sócrates, hijo de Sponcio del demos de Alopecia. Sócrates es culpable de no acatar a los dioses de la República y de erigir en lugar suyo extravagancias demoníacas. Es culpable de corromper a los jóvenes. Correspóndele pena de muerte” (1).

La brillante defensa del acusado, plática de arrogancia e ironía, que, verdaderamente, constituyó un ataque inmisericorde para sus detractores, determinó que Mélito no reuniera el número de votos necesario, debiendo ser multado en mil dracmas. Sin embargo, fue expulsado de su pago, porque los jueces afectos a Licón y Amitos, que en último instante se levantaron para acusar a Sócrates, sumaron sus votos a los de aquéllos que exigían su condena.

De los quinientos cincuenta y seis miembros que componían el tribunal, doscientos ochenta y uno se pronunciaron por la condena y el resto, doscientos setenta y cinco, por la absolución. La sentencia se dictaba por simple mayoría de votos y, en el evento de ocurrir un

empate, se depositaba simbólicamente en la balanza el voto de Minerva, la Diosa de la Sabiduría, que inclinaba la cabeza, siempre, en el sentido de la absolución. Esta sencilla abstracción dio, verdaderamente, origen al principio indubio pro reo, aceptado en la generalidad de las legislaciones penales.

Sócrates se vio obligado a beber la cicuta por imposición de seis votos. La ley lo autorizaba para sustituir la pena capital por cualquiera de estas otras tres: la prisión perpetua, la multa o el destierro. El sabio no optó por ninguna de ellas, porque su actitud habría equivocado a reconocer su culpabilidad. En obediencia de sus principios rindió en holocausto su vida; holocausto que determinó, en cambio, la ignominia de sus detractores.

El juicio de Sócrates nos representa, en síntesis, el procedimiento penal griego: sistema acusatorio; ausencia absoluta de un procedimiento previo de investigación; falta de dirección durante los debates; y el número excesivo de jueces.

El sistema procesal penal ático se expresaba mediante diversos tribunales. El más importante de todos era la “Asamblea del Pueblo”, cuya competencia se reducía a conocer de las acusaciones políticas más graves, cuando estaba comprometido el interés de la República.

Otro tribunal lo constituía el “Aréopago”, tal vez, el más célebre de todos. Conocía de los homicidios premeditados, envenenamientos y demás delitos que se sancionaban con pena de muerte. Fundaba sus decisiones en las indagaciones personales.

El “Tribunal de los Esphetas” constaba de cincuenta y un miembros elegidos anualmente por sorteo entre los Senadores. Tenía competencia para resolver los homicidios involuntarios y los homicidios no premeditados. Sus elementos de juicio consistían en el juramento de las partes.

Finalmente, la “Heliastía” o “Tribunal de los Heliastas”, estaba compuesto por seis mil miembros, elegidos anualmente a la suerte entre los ciudadanos; quienes debían tener más de treinta años, acreditar conducta intachable y no ser deudores del tesoro público. Conocía de los asuntos criminales no reservados al

(1) Zavala Loaiza, Carlos. Ob. Cit., pág. 89.

Areópago o al Tribunal de los Esphetas. Suplía, además, la competencia de la Asamblea del Pueblo, de la cual se consideraba una sección separada, para resolver las acusaciones políticas.

Este tribunal sesionaba en la plaza pública, bajo el sol y, como dijimos anteriormente, representa la máxima expresión del sistema procesal penal griego: El primer acto de procedimiento era la manifestación que hacía el acusador, en la cual indicaba el nombre del acusado, el delito que había cometido y sus medios de prueba. El funcionario que recibía la acusación exigía de quien la formulaba juramento y caución suficiente. El acusador, en la suposición de ser acogida su denuncia, tenía derecho a una parte de los bienes confiscados del acusado. Se afirma que se empleaba la tortura como medio ordinario de prueba. Presumiblemente, su origen se debió a los esclavos, quienes no podían declarar en juicio bajo juramento, dada su condición de seres indignos de fe. Se asevera que, muchas veces, el acusado mismo ofrecía ser sometido a la tortura para afianzar su exculpación (Rafael Fontecilla).

De lo expuesto precedentemente, se infiere el sistema procesal penal ateniense. En realidad, no obstante sus esbozos acusatorios, constituyó un sistema exclusivo de ese pueblo maravilloso. Se dice que la dialéctica clara y optimista de Sócrates hirió de muerte —al igual que lo hiciera con la tragedia esquiliana, según Nietzsche— al jurado popular; sin embargo, éste constituyó el fundamento, durante siglos, de la justicia penal occidental y lo sigue siendo aún en pueblos de indiscutible relevancia cultural.

#### 4.—El proceso penal romano.

Se fundamenta en parte en la experiencia ateniense. Originariamente, la jurisdicción penal correspondía al rey, quien la ejercía independientemente o con asistencia del Senado.

La evolución del derecho romano permitió formular la distinción fundamental entre delitos públicos y privados.

Dos formas primordiales reconocía el procedimiento penal público: la "cognitio", que era la más antigua, y la "acusatio".

A pesar de la inspiración eminentemente estatal del proceso romano, en la cognitio, éste se iniciaba de oficio por un magistrado de facultades ilimitadas. En cambio, mediante el sistema de la acusatio, el proceso se iniciaba en virtud de la acusación de un particular, que disponía libremente del mismo. Pero esta función pública únicamente la ejercitaba en un caso particular y concreto.

"Un estudio científico de la cognitio en su forma pura y primitiva es imposible, porque la esencia de este procedimiento era la carencia de formalidades legales. Ni la apertura del juicio ni su terminación estaban reglamentadas. El magistrado podía sobreseer o abandonar la causa en cualquier momento, y ni aún la absolución impedía la reapertura del procedimiento. Parece, sin embargo, que el interrogatorio del inculcado, desconocido en época anterior, fue el punto central de esta forma de procedimiento. Ningún inculcado podía negarse a declarar" (1).

La moderación de costumbres y la evolución del derecho romano hacia objetivos más humanos, determinó que el procedimiento del magistrado de la cognitio se encauzara en la ley; pero, como conquista concreta, sólo se consiguió introducir en el mismo el recurso de apelación o "provocatio" (2).

El origen de la provocatio es incierto. Se cita como una evidencia del recurso, la leyenda de Horacio, el vencedor de los Curiaceos; quien, condenado a muerte ante el crimen de su hermana, por los decenviros, apeló de la sentencia ante el pueblo, el cual lo absolvió de ella.

La verdad es que sólo desde la dictación de la Lex Valeria, en los primeros tiempos de la República, puede reconocerse sistematizado el derecho de apelar. Originariamente, según Mommsen, fue determinante de la consagración legal del recurso, la práctica iniciada en los albores de la República, por aquellos funcionarios que iban a las provincias

(1) Fontecilla, Rafael. "Derecho Procesal Penal". T. I., pág. 338.

(2) En el derecho romano, la expresión "vocatio in jus" significaba "llamamiento a juicio". La apelación tomó el nombre correlativo de "provocatio". Vocatio significa voz (vox) y viene de "vocare" (llamar). De ello se infiere que provocatio es sinónimo de appellatio. (Valentín Letelier, Ob. Cit., pág. 558).

revestidos de imperium, quienes delegaban su potestad en otros funcionarios. Los ciudadanos descontentos con las sentencias dictadas por éstos últimos, podían apelar ante el delegante. Pues bien, para hacer posible su resolución, el tribunal ante el cual se había recurrido, necesitaba conocer fundadamente los antecedentes que habían servido de base a la sentencia impugnada. Esta necesidad hizo indispensable hacer uso de un procedimiento preparatorio llamado "anquisitio", "en el cual estaba fijamente determinada la citación y fijamente determinados los plazos, y en donde se admitía, además de la autodefensa, la defensa por medio de tercera persona" (1).

Valentín Letelier nos señala que la provocatio tenía el carácter ad populum cuando el tribunal de primera instancia imponía la pena de muerte. "Lo cierto e importante es que en el procedimiento (anquisitio) previo a la segunda instancia popular, de indudable sentido político, debe verse el primer elemento de un procedimiento formal, vale decir, la primera tentativa hacia algo estable, eficaz para constituir una garantía a favor del individuo y una restricción del poder real. Parece como si asomara la idea de la soberanía popular, para poner un coto que hoy sustentan también otros principios" (2) (3).

Al perfeccionarse la República, se verificó una transformación substancial en el procedimiento que hemos reseñado. En efecto, el sistema para ejercitar la acción penal pública se hizo acusatorio, por cuanto, en reemplazo del anterior, se adoptó la forma tradicional del derecho privado, o sea, el acusador y acusado se circunscribirían a un rol de demandante y demandado, respectivamente, en un juicio arbitral que decidía el Estado por medio de su magistratura y sus jurados. Tal fue, en lo sucesivo, el procedimiento público ordinario, que se conoció con el nombre de "quaestiones publicae".

En su máxima perfección, el nuevo sistema presenta los siguientes caracteres:

Los iudices iurati que componen el jurado o tribunal popular son elegidos entre los caballeros y los tribunos del tesoro (en un comienzo, entre los Senadores). El quaesistor formaba listas anuales de iudices, quienes, en un principio, eran elegidos mediante la editio (dada por el acusador o las partes) y, posteriormente, lo fueron en virtud de la sortitio (sorte). En ambos casos, sin embargo, se reconoce ampliamente el derecho de recusación (4).

En otro sentido, el sistema acusatorio permitía a cualquier ciudadano el derecho de acusar. Se encontraban exceptuados los magistrados, las mujeres, los menores y las personas inhabilitadas moralmente.

El quaesistor, quien presidía el debate, y los iudices, representaban el papel de árbitros en un combate que se libraba entre acusador y acusado. La defensa personal fue siempre admitida; no obstante, en esta época aparece al lado del reo un patronus o abogado. El acusado y acusador podían elegir varios patronos, entablándose ardorosos combates forenses. La coerción personal estaba, en principio, descartada. El quaesistor no podía obligar al acusado a comparecer mediante la fuerza, ni ordenar su detención, salvo que confesara. A la postre, la negativa de la imputación le da el derecho de la excarcelación, a menos que se tratare de un delito o crimen grave.

En cuanto a la prueba se refiere, ella no descansaba en los elementos formales que se admitían en el derecho privado: la sponsio y el juramento. En realidad, la existencia de jueces populares impidió desarrollar una teoría de las pruebas legales. En la duda el juez debía abstenerse de condenar. La absolución, en consecuencia, no era indicio de inocencia, sino que indicaba que la culpa-

(1) Mommsen, Teodoro. "Derecho Penal Romano". T. I., pág. 339.

(2) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. I., pág. 26.

(3) Se discute acerca de la provocatio ad populum, o sea, si la sentencia del Rey o de los duumviri podía ser apelada ante el pueblo. El caso de Horacio hace suponer que existió.

(4) En la editio, el acusado indica, entre las 450 personas de la lista, a las que no pueden intervenir (por parentesco u otros motivos). Esta actuación constituía la recusación con causa. El acusado elegía 100 de los restantes; luego el reo podía descartar la mitad, sin expresar motivos. El resto formaba el concilium (jurado), presidido por el quaesistor. Mommsen, Teodoro. Ob. Cit. T. I., pág. 252.

bilidad no había sido establecida. “El mejor elogio para el derecho romano se hace con sólo consignar tales principios, pues no son otros que los que aún presiden la valoración de la prueba: el de la verdad objetiva o histórica y el de in dubio pro reo, que nosotros derivamos del principio de inocencia” (1).

Entre los medios de prueba, ocupaba un lugar relevante la prueba de testigos. La tortura era preferentemente aplicada a los esclavos. La Lex Julia Majestatis, dictada en la época del Imperio, la hizo extensiva a los hombres libres. También se conocieron las diligencias de registro domiciliario y secuestro.

En cuanto al procedimiento se refiere, bástenos señalar, brevemente, que el primer acto del proceso, es una acusación que se dirige al quaesitor, quien decide si es competente para intervenir; si el hecho que se imputa constituye delito; y si no existen impedimentos para que la demanda sea admitida. En el evento de que se presentaban varios acusadores, el magistrado acudía a la *divinatio*, o sea, elegía al más prudente de ellos para sostener la acción. En la primera época de implantación del sistema, se practicaba primero el debate y, posteriormente, se rendían las pruebas. Al perfeccionarse el mismo, se invirtió el orden; que resultó más lógico.

Rendida la prueba y verificados los alegatos, se dictaba la sentencia. Los votos de los iudices, secretos y per tabellas, eran leídos por uno de ellos; y, en caso de empate, el acusado era absuelto. (Vélez Mariconde).

Con el aumento de la población y, consecuentemente, de la delincuencia, la acusación de los ciudadanos, como medio exclusivo de ejercitar la acción pública, no satisfacía la justicia penal. Además, el celo cívico de los ciudadanos disminuyó con la relajación de las costumbres. A estas circunstancias negativas débense agregar las necesidades impuestas por el nuevo régimen político: el Imperio. Se produjo, entonces, un proceso de transformación paulatino del procedimiento ordinario público dando origen, en definitiva, a la “*cognitio extra ordinem*” o procedimiento extraordinario.

“El despotismo imperial —escribe Longhi— tiende a avasallar, para dominarlas, las instituciones libres republicanas, o a someterlas lentamente a sus fines, a sus intereses, mientras otro principio, de moral filosófica, trata de frenar y corregir estas tendencias, y con ellas se pone en antagonismo. Así, el principio centralizado restringe el derecho de acusación sólo a los casos de lesión de intereses particulares, confiándolo, por lo demás, a oficiales especiales destinados a ello; despoja las organizaciones de los iudice iurati del conocimiento de los delitos políticos, hasta que éste no pasa del todo a manos del *praefectus urbis* y del *praefectus vigilum* en Roma, y de los *praesides* en las provincias; se conserva la publicidad de los juicios, pero la instrucción preliminar —que se verificaba para establecer si el hecho denunciado constituía un delito— se torna absolutamente secreta; y prevalece sobre la oralidad y sobre el contradictorio, la forma escrita y la actividad del juez sobre las partes. En compensación, el espíritu de humanidad que invade la sociedad en transformación, induce a disciplinar el derecho de acusación en las relaciones de los parientes y afines; a considerar la condición del contumaz; a instituir los juicios de apelación, con el fin de reparar los errores judiciales, voluntarios e involuntarios; y a formar varios principios que la sabiduría romana debía transmitir casi intactos a las sociedades futuras. Se afirma así, que es mejor dejar impune un delito que correr el riesgo de castigar a un inocente (“*Satius esse impunitum relinqui facinus nocentis quam innocentem damnari*”. Ulpiano. 1. 5, Dig., de poenis); que un mismo delito no puede abrir el paso a varias acciones (“*Ne quis ob idem crimen pluribus legibus reus fieret*”. Paul. 1. 14, Dig., de accusationibus); que ninguna pena debe ser pronunciada, si no ha sido precedida de defensa (“*Neque in audita causa quemquam damnari aequitabis ratio patitur*”. Marc. 1. 1, Dig., de requirendis deis); que el delito del padre no debe recaer sobre la cabeza de los hijos (“*Crimen vel poena paterna nullam maculam filio inflingere potest*”. Callister. 1. 26, Dig., de poenis). . . y se establecen otros principios análogos que impregnan de su es-

(1) Vélez Mariconde. Alfredo. Ob. Cit. T. I., pág. 30.

píritu las instituciones procesales y la jurisprudencia" (1).

El nuevo sistema procesal penal, elaborado en la época del Imperio, presenta los siguientes caracteres:

Coetáneamente a la jurisdicción ordinaria, ejercida por el tribunal popular (concilium), se instauró, en los primeros tiempos, la jurisdicción extraordinaria del Senado y, luego, la que ejerce el propio Emperador, auxiliado por sus asesores. Estas iban a prevalecer, definitivamente.

En la práctica, el poder de juzgar fue ejercido por el prefectus urbis, quien actuaba en Roma asesorado por un Consejo de cinco miembros, elegidos por el Senado. Excepcionalmente, los designaba el prefectus vigilum. El Consejo del Emperador (Sacrum Consistorium) conoció, únicamente, por vía de apelación, en reemplazo del pueblo, en el sistema anterior.

Hemos señalado, anteriormente, que la acción pública fue restringida, en su ejercicio, a los particulares. Por lo demás, ante la pasividad de aquéllos para denunciar los delitos, surgieron, como institución destinada a iniciar la acción penal, los "curiosi" y los "stationarii". La regla general, sin embargo, fue el ejercicio ex officio de la acción penal pública.

En cuanto al juez, se refiere, la transformación que nos ocupa, lo convirtió en un órgano activo; en cuyo imperium se concentra el poder de impulsar la instrucción, que es típico del sistema inquisitivo. Por su parte, el acusador se convirtió, ordinariamente, en un simple denunciante. Y el acusado es restringido en los derechos que antes se le reconocían. Se establece la prisión preventiva y la caución para el ciudadano romano.

En conformidad al nuevo sistema, la prueba se asentó, exclusivamente, sobre el principio de la certeza moral del hombre, "lo cual significa que la sentencia debía ser el fruto del arbitrium iudicantis, o sea, la subjetiva apreciación del juzgador" (2). No obstante, el derecho

romano no abandonó al juez en el curso de impresiones subjetivas o impulsivas. Realmente, quiso que la certeza moral fuese demostrada, más que por los sentidos, por el cálculo y el pensamiento. Algunos autores, incluso, aseveran que semejante cálculo se realizaba en base al sistema de las pruebas legales.

Finalmente, a pesar de que el debate en la cognitio extra ordinem siguió siendo oral y público, la instrucción preliminar se efectuó por escrito y secretamente. Esta característica constituyó el germen del sistema procesal penal inquisitivo, que renacerá vigorosamente en el derecho canónico de la Edad Media. En el mismo sentido, la instrucción preliminar secreta, seguida del debate oral y público representa la idea del sistema procesal mixto, que subsiste hasta nuestros días. Este es el legado del derecho procesal penal romano.

Al declinar la época del Imperio romano, y al agudizarse con ello las necesidades políticas centralizadoras, como, asimismo, la degradación de costumbres, el proceso adoptó un cariz francamente inquisitivo; sistema que subsistió hasta el término de la civilización romana.

Lo expuesto representa, en síntesis, la evolución de los sistemas procesales penales en Roma. Al finalizar este Párrafo creemos haber cumplido otro objetivo de nuestro método.

##### 5.—El proceso penal germano.

En reemplazo del Imperio romano, avasallado por las hordas bárbaras, se levantaron diversos reinos independientes de inspiración germánica, en los cuales el derecho experimentó un evidente retroceso. La nueva cultura introdujo en él, instituciones absolutamente extrañas: los duelos judiciales y las ordalías. El nuevo derecho era inmisericorde y, por ello, los nuevos sistemas procesales adoptaron características de crueldad.

Aún cuando los germanos pretendieron conservar las instituciones del Imperio, tuvieron que adaptarlas a las nuevas costumbres y mentalidad. En este sentido, el derecho experimentó una asimilación muy lenta. En la primera época, conquistadores y conquistados siguieron rigiéndose por sus propios sistemas. En este aspecto, digno es de

(1) Longhi, "Commento al Codice de Procedure Penale". T. V., pág. 6 y ss. Torino, 1921. Cit. p. Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. I., pág. 35.

(2) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. I., pág. 38.

mencionarse el Breviario de Ananiano, dictado en el año 506, por Alarico II, que comprendía una recopilación de las leyes romanas, de aplicación para sus súbditos de origen romano.

Posteriormente, la conversión de los germanos al cristianismo produjo un debilitamiento de sus propias instituciones: se miraba con desconfianza el sistema de los duelos judiciales o juicios de Dios (1).

En definitiva, fue la constante influencia de la Iglesia lo que determinó, al promediar la Edad Media, un abandono prácticamente definitivo de los sistemas germánicos y su reemplazo por las prácticas tradicionales del derecho romano. En verdad, el derecho germánico no nos legó ninguna institución que todavía perdure, ni mucho menos, un principio fundamental que sirva para los fines de nuestro estudio.

#### 6.—El proceso penal canónico.

El proceso penal canónico que imperó en Europa, desde mediados de la Edad Media hasta el siglo XVIII, cuando triunfaron las ideas de los filósofos enciclopedistas, se fundamentó en dos objetivos: uno religioso, defender los intereses de la Iglesia; y el otro práctico, sustraer a los clérigos de la jurisdicción secular.

El fundamento religioso se transformó, posteriormente, en político, cuando la Iglesia emprendió la tarea de menoscabar la autoridad real.

Estos propósitos, favorecidos por los odiosos resabios que aún subsistían del derecho germano (se encontraba desamparado quien no podía combatir o nombrar un campeón que lo representase en un duelo judicial); por el acendrado sentimiento religioso de la época; y por la confusión de conceptos que existía entre el poder temporal y el poder espiritual, determinaron un predominio casi absoluto del sistema procesal penal que implantara la Iglesia y que culminara

con la consagración del método de la "inquisitio" (2).

El proceso penal canónico ofrece una evolución semejante a aquella que ofrece el derecho romano. En efecto, en los primeros tiempos y hasta el siglo XII obedece a un sistema acusatorio. Desde el siglo XII hasta el siglo XVI, se produce la evolución hacia el sistema inquisitivo.

En el curso del siglo XIII se constituyó paulatinamente el Tribunal del Santo Oficio o Inquisición, que representó el instrumento de la Iglesia para defender los fundamentos del proceso penal canónico. Fue un tribunal temido por la gravedad de las penas que imponía, por el secreto de su procedimiento, exento de toda garantía para el acusado, y por la inapelabilidad de sus sentencias. (Vélez Mariconde).

Los fines que perseguía el derecho penal canónico justificaron en el sistema ideado para lograrlos, "todos los medios que entonces se practican: los interrogatorios capciosos, los ayunos, la vigilancia del acusado en las prisiones, para sorprender sus imprudentes confidencias, y finalmente el tormento. Todo es lícito para arrancar la confesión. Como consecuencia de esa patente de legitimidad, sólo registrada nuevamente, la tortura es objeto de especial reglamentación: debe cesar en cuanto el procesado exprese su voluntad de confesar; si confiesa durante los tormentos, para que sea válida debe ser confirmada al día siguiente, aunque esto no es necesario si confiesa tres veces en esa situación. Naturalmente, la pena del delito era a veces menos grave que la tortura. Prevalece el concepto de que aún el inocente debe perecer siempre que el culpable no se quede impune" (3).

Sin embargo, el sistema procesal canónico produjo más de un resultado positivo: además de suprimir el bárbaro método de la "purgatio vulgaris" (ordalía); de execrar los duelos judiciales, dio origen a la regla jurídica de que el juez debía dictar la sentencia *secundum acta*

(1) "La desconfianza tenía que haberse difundido mucho cuando Carlo Magno volvió a imponer la confianza en ellos: "Ut omnis homo iudicium Dei credat absque ulla dubitatione" ("Que todo hombre crea en el juicio de Dios sin dubitación alguna") Capit. Aquisgrán, 809, 25. Nota Cit. p. Manzini, Vincenzo. Ob. Cit. T. I., pág. 12.

(2) "Tribus modis procesit possit: per accusationem, per denuntiationem et per inquisitionem". Corpus Iuris Canonici. Cit. p. Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. I., pág. 84.

(3) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. I., pág. 85.

et probata. Vélez Mariconde asevera que esta doctrina significó, únicamente, un acercamiento de la certeza moral, elaborada por los romanos, a la certeza legal. Sobre la misma —sostiene— surgió la teoría de la prueba legal, que dominara en la doctrina procesal penal hasta el siglo XIX.

El sistema procesal canónico tuvo, además, una trascendencia de carácter político: sirvió de modelo a los regímenes monárquicos despóticos que dominaron en Europa hasta la época de la Revolución Francesa.

Efectivamente, pocas diferencias ofrece el sistema procesal penal que se sancionara en los diversos estados, con respecto a las características reseñadas anteriormente. No obstante, la evolución francesa, durante este período, presenta una novedad trascendental: en el transcurso del siglo XIV apareció un conjunto de representantes personales del monarca que, al convertirse éste en el centro del Estado (*L'état c'est moi*), adquirieron carácter público. Con el devenir del tiempo, dieron origen a la institución denominada "Ministerio Público", cuya naturaleza jurídica fue fijada, primeramente, por la doctrina francesa (1).

Algunos autores vinculan el origen del Ministerio Público a aquellos funcionarios llamados en Grecia "tesmoteti", cuya función consistía en denunciar a los empleados públicos ante la Asamblea del Pueblo o el Senado. Otros tratadistas ubican el comienzo de la institución en la tarea que se asignó, durante la época del Imperio romano, a los funcionarios denominados "curiosii" (Vid. infra N<sup>o</sup> 4 Cap. II). Así concluye Faustin Hélie. Finalmente, no faltan quienes entroncan el ministerio público a los "missi domici" creados por el Emperador Carlo Magno (2).

Lo cierto es que, cualquiera que fuere el origen del instituto, fue en Francia medieval en donde surgió con características propias y definidas; iniciando un proceso de perfeccionamiento que no ha cesado hasta hoy día.

En otro sentido, y siempre circunscritos a la evolución procesal penal en Francia, podemos señalar, como una culminación del régimen inquisitivo de ese país, las Ordenanzas de 1670, dictadas por Luis XIV. En virtud de ellas, el proceso penal se divide en dos períodos: 1<sup>o</sup>) Investigación de los hechos; y 2<sup>o</sup>) Su calificación por el mismo juez. La primera etapa se llamaba de formación (sumario); la segunda, juicio ordinario o extraordinario. "La investigación se entregó a los prebostes, y que antes de 1670 podía hacerla un Notario, desde esa fecha se entregó a una autoridad judicial: los Senescales, convertidos ya en jueces permanentes. Se recorre toda la prueba y se da intervención a los procuradores del Rey para examinar el proceso y la prueba rendida en él. La defensa, en verdad, está ausente. Estas Ordenanzas reviven también las querellas, sin ninguna de las restricciones que tuvieron en la antigüedad" (3).

Los caracteres anotados, hemos dicho, se presentaron en la generalidad de los Estados de la Europa continental, en la Edad Media. Indiscutiblemente, su aparición no fue simultánea; ella dependió del grado de evolución cultural y religiosa de cada pueblo. No obstante, no podemos dar término a este Párrafo, sin antes referirnos a la circunstancia extraordinaria que presenta la evolución inglesa. Después de haber acogido, al igual que los demás países, el sistema inquisitivo, al promediar el siglo XIII, o más exactamente, a partir de la dictación de la Carta Magna por Juan sin Tierra, el año 1215, se consagró la institución con el nombre de "jurado", iniciándose con ello una rápida transformación hacia el sistema acusatorio, que aún persiste.

La filosofía del derecho natural, preconizada por los enciclopedistas, en el siglo XVIII, y el democrático ejemplo inglés en la función de administrar justicia, produjeron profundos cambios en el orden social y político de los Estados de Europa continental, particularmente en Francia. Tales cambios incidieron, obviamente, en el agobiante régimen jurídico que los regía.

Realmente, fue la Revolución France-

(1) "En el derecho francés se declara expresamente que representa a la sociedad (ley de 16 de agosto de 1790)". Jiménez Asenjo, Enrique. "Organización Judicial Española". pág. 398.

(2) Jiménez Asenjo, Enrique. Ob. Cit. Pág. 370.

(3) Zavala Loiza, Carlos. Ob. Cit., pág. 95.

sa, y su escuela de libertades republicanas, juntamente con la consagración del culto a la razón, la que determinó el fin del sistema procesal penal inquisitivo.

El nuevo régimen político trajo consigo renovadas concepciones jurídicas.

### 7.—El proceso penal moderno.

En la reseña que hemos formulado en el Párrafo anterior, ha quedado claramente establecido que el sistema canónico respondía perfectamente a los fines y necesidades de los Estados de policía que surgieron en el transcurso del Medioevo. Los monarcas absolutos pretendieron, además, guardar celosamente para sí el ejercicio de la jurisdicción, que es signo inequívoco de soberanía. El movimiento filosófico del siglo XVIII, preconizado por Montesquieu, Beccaria, Rousseau y Voltaire, entre otros, "minó las bases del viejo edificio, y no podía ser de otra manera. Para decidir todas las cuestiones sociales consagraba a la "razón" como suprema autoridad, considerando "justo y verdadero" sólo aquello que era "lógicamente" necesario, y a ese sentimiento de simpatía para la especie humana que se llamaba humanidad o naturaleza". (1).

Las nuevas necesidades sociales y políticas se tradujeron, en el sistema punitivo, en diversas leyes y ordenanzas.

Con anterioridad a la Revolución, en Francia, particularmente, se había dictado la Ordenanza de 1670, que, según hemos señalado anteriormente, consagraba un sistema procesal penal que participaba de características inquisitivas y acusatorias. El Edicto Real de 1788, sancionó, también, una serie de modificaciones parciales. Así, *verbi gr.*, prohíbe la tortura, impone la motivación de las sentencias, establece que el acusado absuelto debe ser indemnizado.

Sin embargo, todas estas reformas no fueron suficientes para alcanzar las nuevas ideas que se habían incorporado al derecho.

Los legisladores que surgieron después

de producida la Revolución Francesa trataron de dar molde en el texto legal a las doctrinas revolucionarias. En este sentido, son dignas de mención las leyes de 1790 y 1791, el Código del año IV y la ley del año IX. Mediante estos cuerpos legales, se eliminó la distinción entre delitos públicos y privados; se creó el Ministerio Público (1790); se abandonó la teoría de las pruebas legales y se estableció, en su remplazo, la apreciación en conciencia; se dispuso que el proceso penal tuviera tres fases: 1º) una información preliminar, a cargo de un Juez de Paz; 2º) un juicio para fundamentar la acusación, encargado a un jurado de acusación; y 3º) el debate oral final, que se verificaba ante el tribunal criminal y el jurado de sentencia.

No obstante, la obra culminante de la post revolución fue el Código de Instrucción Criminal, dictado por Napoleón en el año 1808. "Cómo todas las obras legislativas de comienzos del siglo XIX —escribe Garraud— este Código es una obra de transacción, o más bien de superposición, entre las legislaciones contrarias a las dos legislaciones anteriores: la Ordenanza de 1670, es decir el Código de Luis XIV, y las leyes de 1791, es decir el Código de la Revolución. En efecto, él organiza un tipo "mixto" de procedimiento que reproduce, en la primera fase del proceso penal, la instrucción previa, escrita, secreta, sin contradicción, de la Ordenanza de 1670, y que, en la segunda, mantiene el procedimiento público, oral y contradictorio de las leyes de 1791, conservando el jurado de juicio y suprimiendo el jurado de acusación". (2).

En realidad, el Código Napoleónico representa el guía indiscutido del nuevo sistema procesal penal que surgió en los tiempos modernos: el "sistema procesal mixto", y que exceptuando diferencias secundarias, fue adoptado por la generalidad de los países de cultura occidental (con excepción de Inglaterra, que conserva el sistema acusatorio), subsistiendo incólume hasta nuestros días.

(Continuará)

(1) Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. I. pág. 118.

(2) Garraud, René. Cit. p. Vélez Mariconde, Alfredo. Ob. Cit. T. I. pág. 124.