riquezas por el Estado y por el Municipio, 4 p.
Schopenhauer.—Fundamento de la moral, 5 pesetas.—El mundo como voluntad y como representación, 3 tomos, 30 ptas.—Eudemonología 5 pts.—Estudios de Historia Filosófica, 4 pts.—La Nigromancia, 3 pts.—Ensayos sobre Religión, Estética y Arqueología, 4 p.
Schuré.—Historia del drama musical, 5 ptas. —Ricardo Wagner, sus obras y sus ideas, 6 p.
Sienkiewicz.—Orso, En vano, 2 pesetas.
Sieroszewski.—Yang-Hun-Tsy, novela, 2 p.
Sombart.—El Socialismo y el movimiento social en el siglo XIX, 3 pesetas.
Spencer.—La Justicia, 7 ptas.—La Moral, 7 p. —La Beneficencia, 4 ptas.—Las Instituciones eclesiásticas, 6 ptas.—Instituciones sociales, 7 ptas.—Instituciones políticas, dos tomos, 12 ptas.—El Organismo social, 7 ptas.—El Progreso, 7 ptas.—Exceso de legislación, 7 pesetas.—De las Leyes en general, 8 ptas.—Etica de las prisiones, 8 ptas.—Los datos de la Sociología, dos tomos, 12 ptas.—Las Inducciones de la Sociología y las Instituciones domésticas, 9 pts.—Instituciones profesionales, 4 ptas.—Instituciones industriales, 8 ptas.
Sohm.—Derecho privado romano, 14 ptas.
Squillace.—Las doctrinas sociológicas, dos tomos, 10 pesetas.
Stahl.—Hist.ª de la Filosofía del Derecho, 12 p.
Starke.—La familia en las diferentes sociedades, 5 pesetas.
Stirner.—El Unico y su propiedad, 9 ptas.
Stourm.—Los Presupuestos, dos tomos, 15 p.
Strafforello.—Después de la muerte, 3 ptas.
Stuar Mill.—Estudios sobre la Religión, 4 p.
Sudermann.—El Deseo, 3,50 pesetas.
Sumner-Maine.—El Antiguo Derecho y la costumbre primitiva, 7 ptas.—La Guerra, según el Derecho internacional, 4 ptas.—Las instituciones primitivas, 7 pesetas.
Supino.—Derecho Mercantil, 12 pesetas.
Suttner.—High-Life, 3 pesetas.
Taine.—Historia de la literatura inglesa, cinco tomos, 34 ptas.—Los orígenes de la Francia contemporánea, seis tomos, 40 ptas.—Los filósofos del siglo XIX, 6 ptas.—Notas sobre París, 6 ptas.—La pintura en los Países Bajos, 3 ptas.—Roma, dos tomos, 6 pts.—Florencia, 3 ptas.—Venecia, 3 ptas.—Tito Livio, 4 ptas.
Tarde.—Las Transformaciones del Derecho, 6 ptas.—El Duelo y el delito político, 3 ptas. —La Criminalidad comparada, 3 ptas.—Filosofía penal, dos tomos, 14 pesetas.
Tchekhof.—Un duelo, 1 peseta.
Tcheng-Ki-Tong.—La China contemporánea, 3 pesetas.
Todd.—El Gobierno parlamentario en Inglaterra, dos tomos, 15 pesetas.
Tolstoy.—Los hambrientos, 3 pesetas.—¿Qué hacer?, 3 pesetas.—Lo que debe hacerse, 3 p. —Mi infancia, 3 pesetas.—La sonata de Kreutzer, 3 pesetas.—Marido y mujer, 3 pesetas.—Dos generaciones, 3 pesetas.—El ahorcado, 3 pesetas.—El Príncipe Nekhli, 3 pesetas.—En el Cáucaso, 3 pesetas.—Los cosacos, 3 ptas.—Iván el imbécil, 3 pesetas.—El canto del cisne, 3 pesetas.—El camino de la vida, 3 ptas. Placeres viciosos, 3 ptas.—El dinero y el trabajo, 3 ptas.—Mi confesión, 3 pts.—El trabajo, 3 pts.—La Escuela de Yasnaia Poliana, 3 pts. Fisiología de la guerra, 3 pesetas.
Turgueneff.—Humo, 3 ptas.—Nido de hidalgos, 3 pts.—El judío, 3 pts.—El rey Lear de la Estepa, 3 ptas.—Un desesperado, 3 pts.—Primer amor, 3 pts.—Aguas primaverales, 3 pts. —Demetrio Rudín, 3 ptas.—El reloj, 3 ptas.—Padres é hijos, 3 ptas.—La Guillotina, 3 ptas.
Uriel.—Historia de Chile, 8 pesetas.
Vaccaro.—Las bases sociológicas del Derecho y del Estado, 9 pesetas.
Valera.—Vida de Ventura de la Vega, 1 pta.
Wagner.—Recuerdos de mi vida, 3 pesetas.
Varios autores.—El Derecho y la Sociología contemporáneos, 12 pesetas.
Idem.—Novelas y Caprichos, 3 pesetas.—Tesoro de cuentos, 3 pesetas.—Ramillete de cuentos, 3 ptas.—Cuentos escogidos, 3 ptas.
Los grandes discursos de los máximos oradores ingleses modernos, 7 ptas.
Virgili.—Manual de Estadística, 4 pesetas.
Vivante.—Derecho Mercantil, 10 pesetas.
Vocke.—Principios fundamentales de Hacienda, dos tomos, 10 pesetas.
Wallace.—Rusia, 4 pesetas.
Wharton.—Los millonarios de los Estados Unidos ó el país del placer, 5 pesetas.
Witt.—Historia de Washington, 7 pesetas.
Waliszewski.—Historia de la Literatura rusa, 9 pesetas.
Wentworth.—Historia de los EE. UU., 6 p.
Westermarck.—El Matrimonio en la especie humana, 12 pesetas.
White.—Historia de la lucha entre la Ciencia y la Teología, 8 pesetas.
Whitmam.—La Alemania Imperial, 5 ptas.
Willaughby.—La legislación obrera en los Estados Unidos, 3 pesetas.
Wilson.—El Gobierno Congresional, 5 ptas.
Wundt.—Compendio de Psicología, 9 ptas.—Hipnotismo y sugestión, 2 pesetas.—Principios de Filosofía, 9 pesetas.
Zahm.—Biblia, Ciencia y Fe, 6 pesetas.
Zola.—Vidas de personajes ilustres: Jorge Sand, 1 pta.—Víctor Hugo, 1 peseta.—Balzac, 1 pta.—Daudet, 1 pta.—Sardou, 1 pta.—Dumas (hijo), 1 pta.—Flaubert, 1 pta.—Chateaubriand, 1 pta.—Goncourt, 1 pta.—Musset, 1 peseta.—Teófilo Gautier, 1 peseta.—Sainte-Beuve, 1 pta.—Stendhal, 1 pta.—Las veladas de Médan, 3 ptas.—Estudios literarios, 3 pesetas.—La novela experimental, 3 pesetas.—Mis odios, 3 ptas.—Nuevos estudios literarios, 3 ptas.—Estudios críticos, 3 ptas.—El naturalismo en el teatro, dos tomos, 6 ptas. —Los novelistas naturalistas, dos tomos, 6 pesetas.—El Doctor Pascual, dos tomos, 6 pts.

OBRAS RECIÉN PUBLICADAS por LA ESPAÑA MODERNA

Caillaux: Los Impuestos en Francia, tres tomos, *18 pesetas.*—**Fisher:** Economía política y geométrica, *8 ptas.*—**Deschanel:** Lo malo y lo bueno que se ha dicho de las mujeres, *7 ptas.* **Gomez Villafranca:** Indices de «La España Moderna», tomos 1.º á 264, formados aplicando el sistema de clasificación bibliográfica decimal, *12 ptas.*—**Marie:** Misticismo y locura, *5 pesetas.* **Garofalo:** Justicia y Civilización, *4 ptas.*—**Delorme:** César y sus contemporaneos, *6 pesetas.* **Papini:** El crepúsculo de los filósofos, *3 ptas.*—**Goncourt:** La mujer en el siglo XVIII, *5 ptas.* **Morley:** Voltaire, *6 ptas.*—**Rocco:** La Sentencia Civil, *4 ptas.*—**Girard:** El sentimiento religioso en la Literatura griega, *7 ptas.*

La España Moderna

Esta Revista, escrita por los más eminentes publicistas, que cuenta veinticinco años de existencia, ve la luz todos los meses en tomos de más de 200 páginas.

CONDICIONES DE SUSCRIPCION

En España, seis meses, **10 pesetas**; un año, **18 pesetas**.—Fuera de España, un año **24 pesetas**. El número suelto en España, **1,75 pesetas**, en el extranjero, **dos francos**. El importe puede enviarse en letras sobre Madrid, París ó Londres.—Todos los abonos deben partir de Enero de cada año. A los que se suscriban después se les entregarán los números publicados.—Se suscribe en la calle de López Hoyos, 6, esquina á la de Serrano. Madrid.

. MANDUCA

EL

PROCEDIMIENTO

PENAL

PRECIO:

pesetas

ESPAÑA

ODERNA

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFÍA É HISTORIA

EL PROCEDIMIENTO PENAL

Y

SU DESARROLLO CIENTÍFICO

POR

F. MANDUCA

TRADUCCIÓN, PRÓLOGO Y NOTAS

DE

ANGEL PINTOS Y PINTOS

Profesor de Derecho de la Universidad de Santiago.

Precio: CINCO pesetas.

LA ESPAÑA MODERNA
López Hoyos, 6.
MADRID

LIBROS PUBLICADOS POR "LA ESPAÑA MODERNA,,

que se hallan de venta en su Administración

CALLE LOPEZ HOYOS, 6. — MADRID

Aguanno.—La Génesis y la Evolución del Derecho Civil (dos tomos), 15 pesetas.—La Reforma integral de la legislación Civil (segunda parte de La Génesis), 4 pesetas.
Alcofurado.—Cartas amatorias, 3 pesetas.
Amiel.—Diario íntimo, 9 pesetas.
Anónimo.—¿Académicas?, 1 peseta.—Currita Albornoz, 1 peseta.
Antoine.—Curso de Economía social, dos tomos, 16 pesetas.
Araujo Sánchez.—Goya, 3 pesetas.
Arenal.—El Derecho de Gracia, 3 ptas.—El visitador del preso, 3 p.—El Delito Colectivo, 1,50 pesetas.
Arnó.—Servidumbres rústicas y urbanas, 7 p.
Arnold.—La crítica en la actualidad, 3 ptas.
Asensio.—Vida de Fernán Caballero, 1 peseta.—Pinzón, 3 pesetas.
Asser.—Derecho internacional privado, 6 ptas.
Bagehot.—La Constitución inglesa, 7 ptas —Leyes científicas del desarrollo de las naciones, 4 pesetas.
aldwin.—Elementos de Psicología, 8 ptas.
Balzac.—Eugenia Grandet, 3 ptas.—Papá Goriot, 3 ptas.—Ursula Mirouet, 3 ptas.—César Birotteau, 3 ptas.—La quiebra de César Birotteau, 3 pesetas.
Barbey d'Aurevilly.—El cabecilla, 3 pts.—El dandismo, 3 ptas — Venganza de una mujer, 3 ptas.—Las diabólicas, 3 ptas.—Una historia sin nombre, 3 pts —La Hechizada, 3 ps
Barthelemy-Saint-Hilaire. — Buda y su religión, 7 pesetas.
Baudelaire.—Los paraísos artificiales, 3 pts
Becerro de Bengoa.—Vida de Trueba, 1 p.
Bergeret.—Vida de Mouton (Mérinos), 1 pta.
Boccardo.—Historia del Comercio, de la Industria y de la Economía política, 10 pesetas.
Boissier.—Cicerón y sus amigos: Estudio de la sociedad romana en tiempo de César, 8 pesetas.—La Oposición bajo los Césares, 7 pts.
Bouchot.—Historia de la Literatura antigua, 6 pesetas.
Bourget.—Vida de Taine, 50 céntimos.
Bréal.—Ensayo de Semántica, 5 pesetas.
Brédif.— La elocuencia política en Grecia, 7.
Bret Harte.—Bloqueados por la nieve, 2 pts.
Brook-Adams.—La ley de la civilización y de la decadencia de los pueblos, 7 pesetas.
Bryce. — La República Norteamericana, dos tomos, 13 pesetas.
Bunge.—La Educación, 12 pesetas.
Burgess.—Ciencia política y Derecho constitucional comparado, dos tomos, 14 pesetas.
Buylla, Neumann, Kleinwachter, Narse, Wagner, Mithof y **Lexis.**—Economía, 12 pesetas.
Caillaux. — Los Impuestos en Francia, tres tomos, 18 pesetas.
Cambronero —Las Cortes de la Revolución, 4 pesetas.
Campe.—Historia de América, dos tomos, 6 p.
Campoamor.—Vida de Cánovas, 1 peseta.—Ternezas y flores: Ayes del alma: Fábulas, 3 pesetas.—Doloras y humoradas, 3 pesetas.
Carlyle.—La Revolución francesa, 3 tomos, 24 ptas.—Pasado y presente, 7 pesetas.
Carnevale.—La Cuestión de la pena de muerte, 3 pesetas.
Caro.—Filosofía de Goethe, 6 ptas.—El pesimismo en el siglo XIX, 3 ptas.—El suicidio y la civilización, 3 pesetas.—Costumbres literarias, 3 ptas.
Castro.—El Libro de los Galicismos, 3 ptas,
Colombey.—Historia anecdótica del duelo, 6 pesetas.
Collins.—Resumen de la Filosofía de Herbert Spencer, dos tomos, 15 pesetas.
Comte.—Principios de Filosofía positiva, 2 p.
Coppée.—Un idilio, 3 pesetas.
Couperus.—Su Majestad, 3 pesetas.
Champcommunale.—La Sucesión Abintestato en Derecho internacional privado, 10 p.
Chassay.—Los deberes de la mujer en la familia, 3 pesetas.
Cherbuliez.—Miss Rovel, 3 ptas.—La tema de Juan Tozudo, 3 pesetas.—Amores frágiles, 3 ptas.—Paula Meré, 3 ptas.—Meta Holdenis, 3 pesetas.
Darwin.—Viaje de un naturalista alrededor del mundo, dos tomos, 15 pesetas.
Daudet.—Jak, dos tomos, 6 ptas.—La Evangelista, 3 ptas.—Novelas del lunes, 3 pesetas.—Cartas de mi molino, 3 ptas.—Cuentos y fantasías, 3 pesetas.—El Sitio de París, 3 ptas.
Delorme.—César y sus contemporáneos, 6 p.
Deschanel. — Lo malo y lo bueno que se ha dicho de las mujeres, 7 pesetas.
Dœllinger.—El Pontificado, 6 pesetas.
Dorado Montero. — Vida de Concepción Arenal, 1 peseta.
Dostoyuski.—La novela del presidio, 3 ptas.
Dowden.—Historia de la literatura francesa, 9 pesetas.
Dumas.—Actea, 2 pesetas.
Eltzbacher.—El anarquismo, 7 pesetas.
Ellen Key.—El amor y el matrimonio, 6 ptas.
Ellis Stevens.—La Constitución de los Estados Unidos, 4 pesetas.
Emerson.—La Ley de la vida, 5 ptas.—Hombres simbólicos, 4 ptas. - Ensayo sobre la Naturaleza, 3,50 ptas.—Inglaterra y el carácter inglés, 4 ptas.—Los veinte ensayos, 7 ptas.
Fernández Guerra.— Hartzenbusch, 1 pta.
Fernan-Flor.—Vida de Zorrilla, 1 pta.—De Tamayo, 1 peseta.
Ferrán.—Obras completas, 3 pesetas.
Ferri.—Antropología criminal, 3 pesetas.
Fichte.—Discursos á la Nación Alemana, regeneración y educación de la Alemania moderna, 5 pesetas.
Finot.—Filosofía de la longevidad, 5 pesetas.
Fisher. — Economía política y geométrica, 8 pesetas.
Fitzmaurice-Kelly.—Historia de la Literatura española, 10 pesetas.
Flaubert —Un corazón sencillo, 3 pesetas.
Flint.—La Filosofía de la Historia en Alemania, 7 pesetas.
Fouillée.—Novísimo concepto del Derecho en Alemania, Inglaterra y Francia, 7 pesetas.—La Ciencia social contemporánea, 8 pesetas.—Historia de la Filosofía, dos tomos, 12 ptas.—La Filosofía de Platón, dos tomos, 12 ptas.
Fournier.—El Ingenio en la Historia, 3 ptas.
Framarino.—Lógica de las pruebas, dos tomos, 15 pesetas.
Fromentin. — La Pintura en Bélgica y Holanda, 6 pesetas.
Gabba.—Derecho civil moderno, 2 tomos, 15 p.
Garnet.—Hist.ª de la Literatura italiana, 9 p.
Garofalo.—La Criminología, 10 pesetas.—Indemnización á las víctimas del delito, 4 ptas.—La superstición socialista, 5 pesetas.—El delito como fenómeno social, 4 pesetas.—Justicia y Civilización, 4 pesetas.
Gautier. - Vida de Heine, 1 pta.—Las bombas prusianas, 3 ptas —Nerval y Baudelaire, 3 p.—Madame de Girardin y Balzac, 3 pesetas.
Gay.—Los salones célebres, 3 pesetas.
George.—Protección y librecambio, 9 ptas.—Problemas sociales, 5 pesetas.
Girard.—La elocuencia ática, 4 p. — El sentimiento religioso en la Literatura griega, 7 p.
Giuriati.—Los errores judiciales, 7 pesetas.—El Plagio, 8 pesetas.

EL PROCEDIMIENTO PENAL

Y

SU DESARROLLO CIENTÍFICO

BIBLIOTECA DE JURISPRUDENCIA, FILOSOFÍA É HISTORIA

EL PROCEDIMIENTO PENAL Y SU DESARROLLO CIENTÍFICO

POR

F. MANDUCA

TRADUCCIÓN, PRÓLOGO Y NOTAS

DE

ANGEL PINTOS Y PINTOS

Profesor de Derecho de la Universidad de Santiago.

LA ESPAÑA MODERNA
López Hoyos, 6.
MADRID

Imprenta de San Francisco de Sales, calle de la Bola, 8.

PRÓLOGO

La obra que hoy damos a luz puede figurar dignamente al lado de las muchas y buenas ya publicadas en esta Biblioteca. No es un vasto y profundo estudio de las instituciones judiciales como el *Trattato di diritto giudiziario* del sabio Mattirolo; no tiene el mérito de haber marcado nuevos derroteros a la ciencia procesal como la *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale* del eminente Pescatore; pero pocos libros, en tan breve espacio, presentan cuadro más completo de las graves cuestiones del procedimiento penal en el terreno de la legislación italiana, de la filosofía, de la legislación comparada y de la experiencia.

Manduca, cultivador distinguidísimo de la ciencia del derecho, magistrado de larga y brillante carrera, hombre dotado del sentido de la realidad, que frecuentemente no va unido a sólidos y extensos conocimientos teóricos, desarrolla en el presente trabajo, de modo maestro, los puntos más difíciles del enjuiciamento penal; con rara sagacidad propone solución a sus problemas más complicados, y hace atinadísimas observaciones que le sugiere el atento y continuo estudio de la práctica, siendo la materia del mayor interés, pues llamado hoy por la ley todo ciudadano a intervenir en los juicios como testigo y jurado, y

por nuestras costumbres políticas, formando la opinión, a influir en la marcha de la justicia, nadie debe ignorarla.

Dos son las bases en que descansa el procedimiento judicial moderno: la oralidad y la publicidad, consagradas por la ciencia como medios los mejores de descubrir la verdad jurídica, hacer recta justicia y garantizar los derechos de la sociedad y del hombre.

Por la oralidad alcanza el juez conocimiento exacto y completo de las pruebas, forma acabada idea de los hechos, advierte detalles importantes que no se notan en la instrucción escrita, tiene el proceso vida, y despertando interés, atrae la atención del magistrado. Acaso se diga que en el silencio del gabinete se pueden valorar y aquilatar mejor los elementos todos del juicio, apreciarlos con ánimo sereno, y no existe el temor de que el juez resuelva por impresiones fugaces o se deje influir de modo excesivo por la habilidad de alguna de las partes al presentar los hechos y medios de prueba, y el recelo que tras largo y complicado juicio no tenga idea perfecta y segura de la cuestión debatida. Pero se logran aquellas ventajas y se obvian estos inconvenientes, estatuyendo se haga constar en el acta todo cuanto pueda ser útil para la acertada solución de la causa.

Permite, por otro lado, esta forma de la oralidad, tengan eficacia dos garantías probadas en la piedra de toque de la experiencia, y muy en armonía con la organización política actual: la apelación y la responsabilidad de los jueces.

En España, al plantearse el juicio oral y público en materia penal, se ha entendido de distinto modo. Creyóse excluye la oralidad se consignen por escrito los resultados del juicio, y así las actas no expresan

más que la celebración del juicio, los nombres y circunstancias de los testigos que declararon, los que dejaron de concurrir, enumeración de las otras pruebas, deposiciones de los testigos que puedan dar lugar a procesos criminales y preguntas que no se han admitido, si lo solicita la parte que las ha formulado. No contienen los elementos bastantes para que sea posible nuevo examen y la apreciación de la rectitud con que ha procedido el Tribunal sentenciador, ni siquiera los datos indispensables para que acusación y defensa lleguen a un acuerdo sobre la determinación concreta y exacta de lo acaecido en el juicio, pues muchas veces se advierte en los debates no hay la conformidad que fuera de desear y exige el buen orden de las controversias.

No creemos haya sido culpa del legislador. La ley de enjuiciamiento criminal, a nuestro modo de ver, ha sido en este punto mal interpretada. Dice el artículo 743: «El Secretario en el acta *hará constar sucintamente cuanto importante hubiere ocurrido*»; lo que quiere decir en el propio y natural sentido de sus términos: «Consignará todo lo que pueda interesar a la resolución de la causa».

Corroboran esta interpretación las distintas leyes de procedimiento penal de Europa, que por no ser extensos dejamos de citar, concretándonos a las leyes italiana y francesa.

Dice en el art. 377 la ley italiana: «En los debates ante las Cortes, el Canciller no deberá enunciar en el acta las declaraciones de los testigos o de los peritos, pero sí bajo pena de nulidad, siempre que fuere ordenado por el Presidente, a instancia de alguna de las partes, las explicaciones, los cambios, las adiciones que los testigos o peritos hubieren hecho a sus pre-

cedentes declaraciones, y las respuestas del acusado.—En los debates ante los Tribunales o los Pretores, el Canciller, pena de nulidad, deberá en todo caso enunciar sucintamente en el acta las declaraciones de los testigos o de los peritos, las ratificaciones, las variaciones y las adiciones que hicieren a sus declaraciones precedentes, cualquiera otra circunstancia que resultase de su examen y las respuestas del acusado». La ley francesa, art. 318, dice: «El Presidente hará anotar por el Secretario las adiciones, cambios y variaciones que pudieran existir entre la deposición de un testigo y las precedentes. — El Procurador general y el acusado podrán requerir al Presidente para que haga anotar estos cambios, adiciones y variaciones»; y el 372, que se refiere al juicio por jurados, prescribe que se consignen en el acta o verbal los cambios, variaciones y contradicciones en las declaraciones de los testigos».

En esta forma redactada el acta y unida a la instrucción escrita, puede el juez, antes de dictar sentencia, auxiliar la memoria, repasar las pruebas, precisar los juicios y desvanecer las dudas que hubiere podido ocasionar el rápido desarrollo del proceso oral.

La equivocada aplicación del principio de la oralidad en nuestra patria, acaso se deba a la frase impropia empleada en el art. 741 de la ley: *los magistrados, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas, etc.*, que pudo hacer creer eran libres e irresponsables en la apreciación de las pruebas, y, por lo tanto, innecesario constaren por escrito. Mas el legislador, seguramente, no ha querido significar tal cosa, y sí repetir el concepto indicado en el 717: las pruebas serán valoradas según las reglas del criterio racional.

Es de esperar no tarde mucho tiempo en extenderse la oralidad a los juicios civiles; y para que sea un verdadero progreso y haga desaparecer las prevenciones con que hoy se mira por algunos esta innovación, es menester revista la forma consagrada en los pueblos más adelantados, y aun sería convenientísimo, a fin de evitar el peligro de una discusión oral sobre un hecho muy complicado que pudiera confundir la inteligencia de los jueces, se autorizara al Tribunal, como determina el art. 91 del Código ginebrino, a omitirla de oficio o a petición de las partes.

También es prenda de buena administración de justicia, la publicidad. Por ella el ciudadano ve cómo se desempeña esta importante función del Estado, no duda de la rectitud de los fallos judiciales, tiene seguridad mayor del respeto de sus derechos y estricta observancia de las leyes, presta con gusto la debida cooperación, y con el aplauso que halaga y estimula y la censura que refrena, contribuye por modo poderoso a la recta administración de justicia.

El secreto no inspira confianza. «Si la justicia en persona, dice Fuerbach, bajase del cielo a la tierra para encarnarse en algún hombre bajo la forma de juez, todavía para afirmarse en sus funciones como justicia, debiera públicamente y a la luz del día sentarse en el sillón de los jueces, y allí esforzarse por arrancar, si no de sus propios ojos, por no tenerlas, las vendas que le impiden ver claro, al menos de los ojos de los litigantes o de cuantos tuvieren que exponer ante el juez sus razones, para que con toda seguridad puedan atentamente observar todos los pasos que diere y actos que realizase. Siempre que la justicia deja de obrar a la vista de todos, aunque en su íntima esencia persista intachable y recta, en la opi-

nión vulgar, sin embargo, pierde muchísimo, si es que no pierde todo. Un Tribunal para ser justo no necesita funcionar en público; mas para no parecer injusto sí lo necesita, aun donde fuera manifiesta la justicia de su proceder (1).»

Pero la oralidad y la publicidad, así como el jurado, requieren condiciones de organización judicial en que no pararon mientes o desatendieron nuestros legisladores. Además de atmósfera no inficionada por mezquinas luchas, de un foro ilustrado que preste provechoso auxilio a la difícil tarea de administrar justicia, exigen residan los Tribunales en lugares próximos adonde los hechos acaecieron y les sea fácil acudir a jurados, testigos y personas interesadas. Lo comprueba la experiencia: a pesar del celo y energía de los Presidentes, los jurados y testigos no asisten, viéndose es necesario desnaturalizar el juicio oral con la lectura de las declaraciones del sumario y retardar varios días la constitución del Jurado, y muchas veces, después de tentativas infructuosas, tener el Tribunal de derecho que trasladarse a otro punto. Se remediarían estos males manifiestos creando ciento veinte Tribunales para toda la Península, competentes en materia civil y penal, pues la especialización de funciones en distintos organismos administrativos no se impone cuando la inteligencia convenientemente cultivada puede abarcar varias.

* * *

De acuerdo con Manduca en la mayor parte de las cuestiones que examina, sólo diremos algo acerca de

(1) Fuerbach, *Consideraciones sobre la publicidad y oralidad*, pág. 90.

la institución del Jurado, estudiada en el presente libro con sumo acierto.

Pasaron los tiempos en que el Jurado se llamaba *baluarte de la justicia y terror del crimen;* hoy ya no se espera lo que anunciaba Odilon Barrot, que por medio de su acción interesante formara las costumbres que le son necesarias, e infundiera en las masas sentimientos generosos y elevados que las hicieran amar la libertad hasta en los deberes que impone: todos reconocen ofrece graves inconvenientes, que en vez de amenguar, acrecienta el tiempo.

En la misma Inglaterra, donde nació, se desarrolló en condiciones más favorables, y está encarnado en la vida social, ha escrito un distinguidísimo publicista, M. Stepen, en su *Historia de las leyes criminales inglesas:*

«Comparemos, en cuanto a la equidad de la sentencia, los dos procedimientos. El seguido ante un juez no puede a mi ver menos de llevarnos a una resolución justa. Y en todo caso, las garantías de una recta administración de justicia son mucho mayores cuando el asunto se somete a un juez sin Jurado, que cuando se lleva ante el segundo... Los jurados no fundan sus veredictos; los jueces lo hacen en determinados momentos del proceso, y en general podría imponérseles la obligación de que siempre razonaran sus fallos. Esta es una garantía importantísima para la buena administración de justicia. Una persona que carezca de experiencia podrá, sin duda, razonar mal una decisión acertada; pero es casi imposible, aun para el más hábil, fundamentar una resolución injusta; sólo la indicación que se hiciese en este sentido, denotaría ya la voluntad de cometer una injusticia... Está en la índole de las cosas que el procedimiento

por jurados excluye la apelación, y de las decisiones del juez puede siempre apelarse. La experiencia demuestra que generalmente son justas las sentencias judiciales, y de ellas se queja la opinión rara vez. Igualmente suele ser justo el fallo de los jurados; pero ay que reconocer que las excepciones son aquí mucho más numerosas que en el otro procedimiento. En los asuntos ya prejuzgados por el pueblo son generalmente injustos los jurados, y se inclinan a pronunciar sin motivo, ya condenas, o ya sobreseimientos. Son muy asequibles al miedo, como lo prueba lo que ha sucedido en Irlanda... Bajo los Plantagenets, tan débil era el Jurado, que casi estaba paralizada la acción de la justicia. En tiempo de Carlos II era una institución cruel y ciega, y en el de Jorge III fue tan dura como el más riguroso de los jueces hubiese podido serlo. Con asistencia del Jurado fallaron los Tribunales revolucionarios del Terror.»

En España hasta le es adversa la opinión del Ministerio fiscal. Se lee en la Memoria del Fiscal del Tribunal Supremo de 15 de Septiembre de 1894: «Las impresiones y juicios de los representantes del Ministerio público, por lo que respecta a la institución de que se trata (el Jurado), no sólo no son halagüeños, sino que presentan acentuada la nota pesimista que ya se recogía de anteriores trabajos».

Y a la verdad, los resultados obtenidos comprueban lo que muchos hombres de ciencia habían afirmado: la función judicial exige conocimientos técnicos, competencia profesional; no basta el buen sentido: aun supuesto vaya acompañado del mejor deseo, es incapaz para resolver los dificilísimos asuntos judiciales.

Pero el político tiene que acomodar sus ideas a las

circunstancias históricas de la sociedad en que vive; sus actos han de armonizar con la opinión, el espíritu del tiempo y hasta con las preocupaciones. Por eso no puede pedirse, ni esperarse que se haga desaparecer de los Códigos el Jurado. Responde a las vivas inclinaciones actuales de descentralización y distribución del Poder público y al deseo de la confirmación sensible de la soberanía del Estado: muchos esfuerzos costó su planteamiento; las escuelas conservadoras al fin hubieron de transigir, y sería inútil pretender, después de tantos y tan encontrados trabajos, se suprimiera la magistratura popular.

Pero si la doctrina abolicionista, a pesar de haber sido reforzada con los distinguidos escritores de la escuela positivista penal, por consideraciones políticas no puede prometerse ejercer grande influjo en las esferas gubernamentales a fin de remediar los males, susceptibles de agravación, que el Jurado en su actual forma produce, debemos procurar se le dé una organización que responda mejor a su carácter de institución jurídica y sea más adecuada a la misión que se le confía. Desde este punto de vista, tienen mucho valor las observaciones hechas y reformas que se proponen por Manduca. Entusiasta juradista, amante de todas las modernas libertades, no puede ser recusado ni mirarse con recelo su propósito por los que dicen se acomoda el actual tipo de la institución al concepto fundamental de dar *realidad a la soberanía* (1); *de hacer que el pueblo reine* (2), y toda alteración la creen inspirada en la tendencia a menoscabar el sentido democrático que le anima y vivifica.

---

(1) Martos.
(2) Tocqueville.

Por cuenta propia sólo añadiremos breve y ligero examen sobre la interesante cuestión de si es justo y útil el hacer voluntario el ejercicio de esta función pública. Nos inclinamos a la afirmativa.

El Estado tiene derecho, es verdad, a exigir de los ciudadanos la cooperación requerida para el cumplimiento de sus fines; pero marcando el límite la necesidad, el concurso será personal, directo e insustituíble cuando la necesidad lo determine, dejando en otro caso pueda redimirse o permutarse en bien del individuo y de la sociedad. El Estado puede desempeñar, por medio de empleados permanentes, a satisfacción de la conciencia pública, la función judicial, y, por lo tanto, es inmotivada vejación el obligar al ciudadano a intervenir en ella como jurado.

Y más se verá la falta de razón para imponer esta carga, considerando que el obligado dispone de medios para hacer ineficaz o pernicioso su cumplimiento, y la oposición, si algunas veces es para evitar la molestia que ocasiona el ser jurado, en otras es producto de múltiples causas que deben ser atendidas, como el juzgarse falto de la debida competencia, de valor cívico, de imparcialidad para el delito objeto del proceso, no estar exento de afecto favorable o adverso al reo y otras más, cuya apreciación corresponde al individuo y son de transcendencia grande en los veredictos de los jurados.

¿Qué se puede responder al hombre que habla en los siguientes términos?

«Yo no me he dedicado nunca al estudio del Derecho; y no queriendo que la retórica de los abogados sagaces me induzca, por ejemplo, a admitir como gran provocación el impulso libidinoso; en la premeditación, el impulso del vértigo, etc., etc., hago públi-

ca confesión de mi absoluta falta de idoneidad para actuar como jurado, y declaro que renuncio a un derecho que será un remordimiento para mí si forzosamente me obligan a ejercitarle. Estoy contento, por otra parte, porque creo salvar mi conciencia de todo remordimiento *absolviendo siempre y en todo caso a los acusados* (1).»

Es menester dejarle en libertad: obligarle a desempeñar el cargo sería introducir a sabiendas un elemento perturbador del regular funcionamiento de la institución.

No creo pueda esperarse que penetre en las costumbres por fuerza, y siguiendo este camino, llegue un día en que con gusto se ejerza; por el contrario, el carácter obligatorio la hace odiosa.

La dificultad de no concurrir número suficiente de jurados para la constitución del Tribunal de hecho siendo voluntario el cargo, se remedia aumentando el número de citados para el sorteo, y no pudiendo constituirse autorizar a los magistrados para ver y sentenciar el proceso. Serían los juicios por jurados menos frecuentes; pero aparte de ofrecer mayores garantías, los que se celebraran probarían el deseo de imponer su criterio la conciencia popular o la necesidad de corregir la dirección de la magistratura togada.

Parece a primera vista que esta reforma ocasionaría la desaparición del Jurado. Es innegable que si todo un pueblo, o la mayor parte, se empeña en no ejercer el derecho político de ser juez, caerá en desuso la institución; ¿mas en qué principios podrán fun-

(1) Ferri, *Los nuevos horizontes del Derecho y del Procedimiento penal.*

darse los antiabolicionistas para imponerla, si la sociedad entera o grandes masas sociales no la quieren?

Por el contrario, supongamos un pueblo en donde se mira con amor por estar encarnada en la vida social, por estar en armonía con las costumbres políticas y tendencias de los ciudadanos, o hay vivo y justo deseo de que arraigue, aunque no sea en toda una nación, en una provincia o en varias: acudirán éstos de buen grado, y con el amor a la institución, la conciencia de suficiente aptitud y el convencimiento de sus beneficiosos resultados, desempeñarán bien y rectamente la alta misión que el Estado les confía.

No pueden pedir otra cosa los afiliados a las escuelas democráticas, a no ser afirmen que en vez de responder las instituciones políticas a las necesidades sentidas por el pueblo y ser conformes a su voluntad, se deben crear por el Poder público costumbres, hábitos, inclinaciones y hasta ambiente social, e imponerlas por la fuerza, sea la que quiera la repugnancia que encuentren en la sociedad.

* * *

No hemos puesto notas correctorias de algunas ideas de Manduca, y con las que no estamos conformes; nuestro propósito ha sido, al publicar su obra, dar a conocer sus autorizadas doctrinas y no las propias. Hemos insertado los artículos de las leyes de Enjuiciamiento criminal y del Jurado, que contienen la expresión positiva en nuestra Patria de los principios cuyo desarrollo científico está en el texto, para hacer posible la comparación. Como en el original italiano no hay citas de las leyes patrias, no nos pareció oportuno el ponerlas en la traducción española.

Si alguien desea conocer la legislación italiana en esta rama del Derecho, puede consultar la colección de Códigos publicada por los Sres. Romero Girón y García Moreno, tomo III, o el I, único impreso de los Códigos de procedimiento penal del sabio magistrado Sr. Cobián y Junco.

A. P. P.

DEDICO ESTE LIBRO

al ilustre estadista, eminente jurisconsulto, Profesor y Senador

ENRIQUE PESSINA

PRÓLOGO DEL AUTOR

> El Derecho, uno en su sér, en su razón ideal, penetra todos los elementos y todas las formas de la vida manifestándose de distintos modos.
>
> (PESSINA, *Discursos.*)

Poderoso es el movimiento de la ciencia del Derecho en los tiempos en que vivimos. No se circunscribe ya a la interpretación de los textos, sino que aspira al descubrimiento de nuevas verdades jurídicas, de nuevos ideales sociales. No es la ciencia del conocimiento de las leyes histórico-positivas: comprende el conocimiento de todas las leyes de la sociedad y de la vida humana, de la organización jurídico-social, de la sociedad civil; no sólo estudia los hechos más generales y constantes en los diversos aspectos de la vida social y las distintas manifestaciones de la vida en general, sino todas las leyes especiales de cada particular aspecto de la vida social e internacional; para decirlo en una palabra, la ciencia del progreso continuo, indefinido de la humanidad, de la evolución histórico-jurídico-social de la humanidad en todas sus fases sociológicas, biológicas, sociales.

La ciencia del Derecho tiene hoy una gran misión: la civilización de los pueblos, el movimiento progre-

sivo, continuo, infinito, fatal de los cuerpos sociales a través de la dolorosa *vía crucis* de tantos errores y de tantas injusticias.

El movimiento evolucionista de la humanidad no tiene límites, no tiene confines, no tiene flujos y reflujos, no tiene columna de Hércules. La inmovilidad no es ley de los Estados. *Ne progrès ne s'adième pas, il est indefini: il est incommensurable et indefini*, exclamaba Gambetta en su discurso del 15 de Febrero de 1866 en Belleville.

La ley de Spencer, el retardo en el curso de la evolución, como acontece en el orden biológico, puede tener lugar también en el orden sociológico; pero no puede ser más que una quietud transitoria: la ley de la evolución de la humanidad reanudará su carrera sin fin. Las leyes del flujo y reflujo de nuestro ilustre Vico, recordadas en estos últimos tiempos por Loria, han sido destruídas por los fundadores de la evolución, Darwin y Spencer.

El darwinismo y el spencerianismo representando la historia de la humanidad por un continuo espiral, han demostrado que los flujos no son más que aparentes retrocesos; que la humanidad camina, camina siempre adelante sin límite determinado: la humanidad progresa siempre, porque todo es movimiento en el cosmos. Ninguna institución jurídica, política, económica, internacional, social, tiene el poder de resistir a la fuerza del tiempo. Todo se transforma y se desenvuelve.

Los muchos sistemas sociales con sus errores y sus verdades; los nuevos estudios sociológicos, biológicos y antropológicos; los nuevos sistemas relativos al fenómeno patológico de la delincuencia y a las leyes de la vida jurídica, económica, política, internacional e

histórica de la humanidad; el febril movimiento de los estudios económicos, políticos, comerciales, internacionales, comparados, sociales; la nueva dirección de los estudios fisiológicos, psicológicos, psiquiátricos, en su relación con los estudios jurídicos, muestra la sublime misión de la ciencia del Derecho.

Entre los nuevos estudios jurídico-sociales que interesan vivamente al hombre de ciencia y al estadista, hay el del procedimiento penal, que siguiendo la dirección del espíritu humano, las transformaciones sociales, es la medida cierta, el modo seguro de apreciar la cultura de los Estados por su íntima relación con la organización política de los mismos.

El procedimiento penal comprende la resolución del más interesante entre los problemas jurídicos, esto es, el de conciliar el proceso y en el juicio penal la tutela jurídica de los co-asociados contra los malvados con la tutela jurídica de los inocentes, contra las molestias y el peligro de una acusación temerariamente formulada, dice Carrara en su *Introducción* a la obra *Manuale di Procedura penale*, de Wioke.

Alemania, Austria, Francia, Bélgica, Suiza, España, Italia, con su laboriosidad legislativa, demuestran el postulado de la ciencia social, esto es, que el procedimiento judicial, el juicio penal siguen las fases sociales de las naciones, revelando el estado político y jurídico de los pueblos.

Los trabajos de Carrara, Cesarini, Luccini, Pescatore, Borsani, Casorati, Borsari, Saluto, Pessina, Nocito, Canonico, Mancini, etc.; el Congreso jurídico italiano celebrado en Roma en 1872; el de Abogados en Milán, demuestran la actividad de los jurisconsultos italianos en un ramo tan importante de los estudios jurídicos, en una ciencia que tanta luz proyecta

sobre nuestro estado político, sobre nuestro régimen social.

Nuestro procedimiento penal no responde ya a las justas exigencias de la ciencia: no responderá, en absoluto, cuando Italia tenga la gloria de un nuevo Código penal. El procedimiento penal italiano necesita extensas innovaciones, reformas radicales. Cualquiera institución política o económica, social o jurídica, no puede resistir la fuerza del tiempo a la ley de la evolución de la humanidad. Como en el orden físico, en el orden moral y social, el transformismo es una ley innegable.

Humildes cultivadores de las disciplinas jurídicas empleando las pocas horas que nos deja libres el cumplimiento de nuestros deberes de magistrado en el estudio de los graves problemas que presenta nuestro procedimiento penal, hemos recogido algunas ideas, que entregamos al Tribunal de la opinión pública, seguros de que tendrá la misma indulgencia que ha tenido con otros trabajos nuestros.

EL PROCEDIMIENTO PENAL

Y SU DESARROLLO CIENTÍFICO

> Las instituciones judiciales, en materia penal, tienen la más íntima conexión con la libertad humana, e íntimamente se encadenan con las instituciones libres, se mejoran con la marcha de los pueblos hacia la libertad y son, a su vez, una de las condiciones esenciales para que la libertad sea de hecho una verdad.
>
> (PESSINA: *Sumario de lecciones sobre el procedimiento penal.)*

I

El progresivo, gradual e indefinido mejoramiento, es ley constante de la humanidad. Los Códigos representan el grado de civilización de los pueblos. Los penales, especialmente, son la medida de la cultura intelectual y política de un Estado. Determinan el grado de civilización y educación. Las leyes estacionarias son retrógradas, y el retroceso no se ha señalado jamás en la evolución científica del género

humano. No hay término en la evolución científica (1).

Las instituciones jurídico-penales tienen una positiva relación con el Derecho público; mejor dicho, se confunden con él, indican la civilización o el atraso de un país, se identifican con la vida social del pueblo mismo. El procedimiento penal es, pues, parte esencial del moderno Derecho político o constitucional de los Estados libres (2).

Esta verdad, que la historia de la civilización enseña, se muestra claramente en la actividad, casi febril, que ha invadido la mayor parte de las legislaciones europeas para adaptar el procedimiento penal a los progresos de la ciencia, de la civilización y de las nuevas organizaciones políticas (3).

Una admirable febril actividad mueve a las naciones y a la ciencia a presentar proyectos de reformas sobre una rama del Derecho que de cerca toca a las garantías constitucionales y es llamada a cumplir la delicada tarea de armonizar los dos grandes principios del orden social: esto es, la seguridad social y la libertad individual, el Estado y el individuo.

El ejercicio del Derecho para el castigo del culpable, en el cual se revela activa la fuerza propia del delito, tiene la gran misión de descubrir la verdad

---

(1) V. Boccardo, *La sociologia nella historia, nella sciencia,* etcétera, etc., *Biblioteca degli economisti*, vol. VIII, 3.ª serie.

(2) Brusa, *Appunti per una introduzione ad un corso di diritto e procedura penal.*

Puglia, *Prolegomeni allo studio del diritto repressivo.*

Pessina, *Manuale del diritto pubblico costituzionale.*

(3) «El procedimiento penal tiene relación con el derecho constitucional,» escribe Palma. — *Corso di diritto costituzionale,* vol. I.

V. A. Capocelli, *Manuale di procedura penale. Introduzione.*

para obtener el castigo del culpable y afirmar la soberanía del Derecho violada por el delito.

De aquí la íntima conexión con la libertad humana, con las instituciones libres; de aquí la necesidad del gradual mejoramiento, del gradual perfeccionamiento, de la necesaria reforma; de aquí la necesidad del planteamiento del gran sistema económico del Derecho social y del Derecho judicial, que procura la actuación del Derecho penal en los casos concretos, merced a formas que tiendan a la confirmación ante la sociedad humana, de la verdad en cuanto al delito, y de los que de él deben responder.

Progreso social y progreso jurídico son sinónimos. «Es tiempo que los sabios y los legisladores dediquen sus asiduos cuidados a dar conveniente solución a las muchas y graves cuestiones del procedimiento penal»—dice un ilustre magistrado (1), «para hacerlo, según Heinze, esencialmente jurídico» (2).

II

La primera cuestión que en la ciencia se suscita es la que se refiere a la investigación de la verdad. En el mecanismo instructorio, ¿cuál es la forma más racional, la que mejor determina la armonía de los derechos, la tutela jurídica del Estado y la libertad individual?

---

(1) Carlos Cesarini, *Dell' appello in penale o dell'ordinamento della giustizia correzionale.* — *Revista penale*, anno V, Nov. 1878, vol. IX.

(2) Heinze, *Zur Phisiologie des Straf-Prozeses.*

Conoce la historia del Derecho tres sistemas fundamentales: el inquisitorio, el acusatorio y el mixto.

El sistema inquisitivo recuerda los tiempos de venganza, de absolutismo. El poder del tiempo y la civilización lo han relegado al dominio de la historia, que comprende vicios y virtudes, luz y sombras. Nacido en el último período del Derecho romano, se admite en el Derecho canónico, con el principio introducido por Inocencio III de la *inquisitio ex officio;* nacido, en una palabra, entre las tinieblas de la barbarie, no nos muestra más que los tristes recuerdos de los tiempos que fueron.

El sistema acusatorio tiene su génesis en las legislaciones de Oriente; se desenvuelve en Grecia y en Roma. La *Elien*, de los atenienses; el *Comitiatus maximus*, de los romanos, y después las *Questiones perpetuae*, representan su desarrollo. Decae en los tiempos del despotismo imperial; al morir la civilización romana, reviste las formas toscas y groseras de los procedimientos germánicos y feudales; pasa de la barbarie a la vida nueva en las instituciones judiciales de la libre Inglaterra; es el objeto de las aspiraciones de muchos publicistas amantes del progreso (1).

El sistema mixto, por último, seguido en las legislaciones modernas, destinado a servir de transacción, reúne en un solo organismo algunos elementos del sistema acusatorio con otros del sistema inquisitivo. Es el sistema que junta las dos partes de la instrucción: la escrita secreta y el examen de la prueba, con las tres condiciones: contradicción, oralidad

(1) V. Carmignani, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, vol. II, cap. V.

y publicidad. Si bien no nos inclinamos al eclecticismo, creemos, sin embargo, que el sistema mixto, seguido por nuestro procedimiento penal, no es, como diría Luccini, un monstruoso aborto de equivocada y defectuosa civilización (1).

En cuanto a las teorías sociales, es menester, al traducirlas en leyes, tener en cuenta la oportunidad. A pesar de lo combatida que ha sido la teoría romagnosiana, nos parece que su desconocimiento traería graves desventuras al género humano. Para reformar, no es necesario andar a saltos. Es uno de los principios que el naturalismo moderno, en su positivismo, ha demostrado. «Solamente las ideas maduras pueden penetrar en la vida práctica»—decía un ilustre fisiólogo y evolucionista, Moleschott, en el último Congreso antropológico (2).

Las reformas en materia penal suponen un mejoramiento moral e intelectual.

Los grados de moralidad, bajo el doble aspecto de la educación y de la instrucción, determinan los principios jurídicos de la penalidad y sus formas, que tienden a la confirmación del ente jurídico delito.

En el estado actual de moralidad social, la publicidad de la instrucción sería obstáculo a la averiguación de la verdad y de la prueba; difícilmente se podría obtener el propósito de la justicia social en el desarrollo instructorio, si el inculpado y los que a él están ligados por vínculos de la sangre pudieran tener

(1) Luccini, *Il carcere preventivo e il mecanismo istruttorio che vi si referisce nel processo penale.*

(2) Congreso antropológico habido en Roma en Noviembre de 1885.

conocimiento de los adelantos de la instrucción. Sería una amenaza permanente para los testigos, que no se prestarían a deponer la verdad si pudiera el inculpado tener conocimiento de la declaración dada.

Quien ha sido educado en el estudio de los procesos penales, no podrá poner en duda la fuerza de esta observación (1).

Reconocemos que el secreto de la instrucción puede producir perniciosas consecuencias a la libertad individual, por integérrimo que sea el magistrado llamado a la muy delicada tarea del descubrimiento de la prueba del delito; pero es necesario igualmente atender a la seguridad social del Estado, que, como el individuo, tiene derecho a su conservación, al equilibrio social, en una palabra, al mantenimiento del orden público, sin el cual la vida política y económica del Estado es imposible.

Esperemos que, más extendidas la educación y la instrucción, aumenten la moralidad pública; que el conocimiento de los deberes éticos y jurídicos, tan necesario para el planteamiento de la reforma penal, sea mayor; en el estado actual la conciencia jurídica ha hecho mucho afirmando la conciencia social en el momento último, en el momento término del segundo período instructorio: el período de oralidad de la instrucción.

Vendrá tiempo en que el secreto de los sumarios desaparecerá de las páginas del procedimiento penal;

---

(1) Carrara, *Discorsi di apertura.*
Casorati, *Il proceso penale e le riforme*, pág. 241.
Garofalo, *Criminología*, pág. 327.
En la libre Inglaterra, las investigaciones preliminares se hacen por la Policía en secreto, y absoluto es el secreto con que procede el Jurado de acusación.

que la publicidad informará el período instructorio; pero en el estado presente de moralidad creemos que no se está en el caso de plantear la publicidad de la instrucción escrita, sino que solamente debe modificarse en algo el actual sistema mixto para evitar el peligro del excesivo celo del juez instructor.

El objetivo del magistrado deberá ser la justicia, el triunfo de la verdad; un paso más, un paso menos, convierte un acto en injusto, y a veces el mucho celo ciega al magistrado, le alucina y no puede distinguir las dos opuestas zonas de la justicia y de la injusticia.

Tendiendo al sistema de la publicidad, comienza hoy a marcarse, entre el estado inquisitorio, el acusatorio y el intermedio, un cuarto estado, en el cual el magistrado competente determina si los resultados de la inquisición son tales que ha lugar al procedimiento acusatorio.

La nueva ley de 30 de Junio de 1876, aunque no contiene la enmienda del Ministro Guardasellos Varé, que tendía a conceder al defensor la libre comunicación con el inculpado, ha traído, sin embargo, a la práctica algunas ideas defendidas por los sostenedores del sistema acusatorio: una nueva institución jurídica ha comenzado a hacerse lugar; esto es, la defensa en el período instructorio, si bien limitada a los autos relativos a la libertad provisional.

Reconocemos, con Casorati y Borsani (1), que el artículo 210 del Código de procedimiento penal reformado no contiene ninguna novedad comparado con el sistema anterior; pero no se nos puede negar en-

(1) Borsani e Casorati, *Procedura penale italiana*, vol. III, § 1.297.

cierra, por lo menos, el embrión de la defensa en el período instructorio. Decía el Ministro Guardasellos Pessina (1): «La ley de 1876 es una ley que demuestra un progreso en nuestras instituciones jurídicas».

La ciencia jurídica en nuestros días, después de titánicas luchas, ha conquistado instituciones que en otro tiempo era locura esperar. El examen de las pruebas, con las tres condiciones de contradicción, oralidad y publicidad; la conciencia social llamada a pronunciar su veredicto sobre negociaciones de derecho; la supresión de la prisión preventiva; un embrión de defensa durante la práctica de la prueba escrita y secreta, son prenda de un porvenir mejor, de mayores garantías de la seguridad social del Estado y de la libertad individual del ciudadano.

III

No podemos negar que entre las teorías del procedimiento penal que con mayor cuidado estudian los criminalistas modernos, ocupa un lugar distinguido la doctrina de la publicidad, la contradicción y la defensa en la instrucción preliminar. Algunos creen debe la instrucción preliminar ser necesariamente pública y contenciosa, interviniendo la defensa; otros juzgan se debe restringir la publicidad, la contradicción y la defensa a algunos períodos y actos determinados.—Tratan esta delicada cuestión Hélie, Fabre, Odillon Barrot, Bonnier, Ortolan, Bondeau, Jaucourt Perroy, Bloch, Jauffreau de Lagèrie, Prius, Pergameni, Kollin, Keller, Bar, Seuffert, Geyer, Wladimi-

(1) Pessina, *Discusión del presupuesto de Gracia y Justicia.* Sesión de 2 de Junio de 1885.

row, Carrara, Pessina, Luccini, Cesarini, Borsani, Casorati, Tolomei, Buccellati y otros.

Algunas legislaciones admiten la publicidad y la contradicción: la legislación inglesa con la excepción de la ley de 14 de Agosto de 1884, esto es, cuando el juez ordena que nadie pueda entrar en el local en donde se celebra la audiencia. El Código de procedimiento penal del Imperio austro-húngaro (1), el Código de procedimiento penal del Imperio germánico (2), prescriben la contradicción para actos determinados. Los Códigos de Brunswick (3), de Sajonia (4), de Wurtemberg (5), del Assia (6), de Brema (7), de Baden (8), de Hamburgo (9), de Oldemburgo (10), le admiten con limitaciones.

En el proyecto húngaro y en el de Brabante se sostiene el principio de la defensa durante la instrucción (11). La instrucción es secreta en Escocia y en Irlanda (12).

Pero nosotros creemos que no es el momento oportuno para el planteamiento de tan importante y grave reforma.

---

(1) §§ 45 y 97.
(2) §§ 159 y 160.
(3) § 7.
(4) § 42.
(5) § 212.
(6) § 200.
(7) § 266.
(8) § 197.
(9) § 132.
(10) § 173.
(11) Art. 369. — *Proyecto húngaro*. El Consejo provincial de Brabante, en la sesión del 10 de Julio de 1874, expresaba el deseo que en el Código procesal se introdujera el principio de la defensa en el sumario.
(12) Beaumont, *L'Irlanda sociale, politica e religiosa.*

Dígase lo que se quiera, la teoría romagnosiana de la oportunidad, del moderno oportunismo, del posibilismo español, es necesario convenir tiene mucha influencia en el mejoramiento de las instituciones sociales y jurídicas.

Una teoría careciendo del fundamento más sólido de las cosas humanas, el sentido práctico, produciría un efecto contrario al fin propuesto. En Italia en muchas teorías que se defienden hay mucho convencionalismo, raro humorismo.

Decía el Ministro Guardasellos Pessina: «Yo no deseo ciertas reformas radicales que por la gran extensión del plan encuentran obstáculos insuperables» (1). Escribe Janka: «el derecho penal como las ciencias naturales deben encontrar en la experiencia su verdadero fundamento» (2).

Si bien no aprobamos en toda su integridad el actual sistema de averiguar la verdad jurídica, con todo, en el presente estado de moralidad social y de instrucción, no creemos practicable la teoría defendida por algunos publicistas, de la abrogación del procedimiento inquisitivo en la instrucción preparatoria.

---

(1) Pessina, *Discurso sobre el presupuesto de Gracia y Justicia*, sesión del 2 de Junio de 1885.

V. también:

Favre, *De la réforme judiciare.*

Chedieu, *La commision de reforme*, etc. *Revue de droit international,* tomo XI, pág. 441.

Demartial, *Du jury d'accusation. Discours prononcé dans l'audience de rentrée du Novembre* 1879 *a la cour d'appel de Besançon.*

Pessina, *Opuscoli di diritto penale.*

Vacca, *Rivista penale.* Anno X, Aprile e Maggio 1884.

(2) Janka, *Der strafrechtliche Nothstand.*

Como hemos hecho observar, la publicidad podría ser obstáculo a la averiguación de la verdad y de su prueba cuando todavía ninguna se ha recogido acerca del delito y del reo. La publicidad de la instrucción haría imposible el descubrimiento de la verdad histórica; las oposiciones y dilaciones paralizarían el trabajo del instructor; quitarían a la instrucción la seguridad y la unidad de su marcha; permitirían al inculpado y sus cómplices, no todavía descubiertos, urdir tramas contra el procedimiento, haciendo desaparecer los vestigios del delito, destruyendo los documentos, intimidando y corrompiendo los testigos, presentándolos falsos, en una palabra, hostilizando por todos los medios posibles el movimiento regular de la administración de justicia (1). La justicia sería una ironía.

Es una verdad que sólo puede desconocer quien no ha sido educado en las luchas ardientes de los debates judiciales: que los testimonios más sólidamente dados en la instrucción frecuentemente faltan en el juicio oral por la repugnancia que los testigos tienen a deponer en presencia del acusado. Esta repugnancia se aumentaría si los testigos hubieran de declarar en la instrucción escrita, sabedores de que cuanto declaran llegaría a conocimiento del inculpado, que, conocedor desde los primeros momentos de los nombres de los testigos, emplearía presión, insinuaciones, amenazas propias del que sufre las molestias de un sumario. Las amenazas que se hicieren al tes-

(1) V. John, *Der Process, Encyclopædie der Recht Wissenschaft.*

Pessina, *Opuscoli di diritto penale*, vol. I, pág. 278.

Casorati, *Il processo penale e le riforme. Studi,* § 43 e seguenti.

tigo por el inculpado o sus parientes, se realizarían cuando estuviere oculto. Está en la naturaleza humana la idea de venganza. Un testigo seguro, cuya declaración, merced a la publicidad del sumario, ha de llegar a conocimiento del inculpado, no declarará de buena gana, temeroso de provocar su ira y sufrir su venganza, que estando oculto puede con toda comodidad llevar a cabo; esto no es retórica. El que no es ajeno a la historia de la delincuencia, conoce bien los homicidios, los atentados consumados en las personas de los testigos.

Hasta que, gracias a una larga educación e ilustración mayor, se insinúa en la conciencia popular el sagrado deber de declarar la verdad ante la justicia sin temor alguno, la publicidad de la instrucción aumentará mucho el número de los procedimientos que no tienen resultado y el número de los delitos, porque la impunidad trae aumento de delincuencia. También permanecerá en el campo de la utopia el principio, por algún puritano defendido, de que la moralidad pública será una verdad cuando el mismo inculpado, convencido de la propia delincuencia, se presente espontáneamente al poder social para sufrir la merecida pena.

Los inculpados todos, sin distinción de clases, intentan e intentarán siempre engañar a la justicia, presentándose como víctimas del poder, que por el principio de la tutela jurídica, de la conservación social del Estado, tiene el sagrado deber de castigar los que han violado la soberanía del mismo (1).

Nosotros, para conciliar los intereses en conflicto

(1) V. el último docto trabajo de A. Geyer, *Lehrbuch des Gemeinen Deutschen Strafprozessrechts.*

de la sociedad y del delincuente, suprema aspiración de un buen procedimiento penal, opinamos se cree un instituto jurídico que procure la actuación de tan sagrado deber social y se coloque en medio del juez investigador y el magistrado, que en interés de la sociedad ofendida ejerce la acción penal.

Este sería el primer paso hacia la publicidad en el sumario, en la instrucción preparatoria; conciliaría el derecho del Estado a la restauración del orden jurídico violado y el del ciudadano a la garantía de la libertad individual (1).

IV

Afirmado el criterio jurídico de la necesaria creación de un instituto jurídico que inspeccione los dos poderes, el requirente y el instructor, creemos debe ser representado por el Presidente del Consejo de orden de los abogados o por el Presidente del Consejo

(1) Legislación española.—Arts. 301 de la ley de Enjuiciamiento criminal: «Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley».—302: «El juez instructor podrá autorizar al procesado o procesados para que tomen conocimiento de las actuaciones y diligencias sumarias cuando se relacionen con cualquier derecho que intenten ejercitar, siempre que dicha autorización no perjudique a los fines del sumario. Si éste se prolongase más de dos meses, a contar desde el auto en que se declare el procesamiento de determinada o determinadas personas, podrán éstas pretender del juez instructor que se les dé vista de lo actuado a fin de instar su más pronta terminación, a lo que deberá acceder la mencionada autoridad, en cuanto no lo considere peligroso para el éxito de las investigaciones sumariales».

de disciplina, con el derecho de poder delegar en uno de los individuos de las dos Asambleas.

Este funcionario tendría derecho de presenciar sólo la instrucción preparatoria de los crímenes, sin poder hacer pregunta alguna al Procurador del Rey, que presencia la instrucción, al juez instructor o al inculpado. Su intervención había de limitarse solamente a una garantía de los derechos del Estado y del ciudadano. Su misión en el período instructorio sería facilitar la obra de la justicia penal, inspirando mayor confianza en los resultados del sumario. No inquiriría, no juzgaría, sino inspeccionaría. Entonces no habría sospecha de excesivo celo en el primer período de averiguación de la prueba. La publicidad de la instrucción comenzaría a aparecer en las páginas del procedimiento penal.

Es necesario se comience para poder avanzar. «La ciencia es la vida—dice Madderman (1)—; la vida está en el movimiento y no en el reposo. Circulación significa movimiento, reposo, parálisis.

Una escuela, afirmando el principio que la instrucción constituye indispensable preparación de la acusación y de la defensa para los efectos del juicio definitivo, sostiene la necesidad de la intervención del inculpado y su defensor, como medio de descubrirse la verdad histórica; pero intervención de carácter negativo, sin jamás convertirse en contienda, con igualdad de armas y derechos entre las partes contendientes; intervención puramente negativa en el período investigador de la instrucción, y más acentuada cuando la instrucción comienza a ser substan-

(1) A. E. S. Madderman, *Den centhreidder werten schap en hat rechtuam ideal:* Leida, E. S. Braill, 1879.

cial, es decir, cuando se trata de pesquisa domiciliaria, mandato de comparecencia, mandato de captura, embargo de bienes del inculpado, confirmación de prueba genérica.

En cuanto a los modos y formas especiales de manifestarse la defensa del inculpado durante la instrucción preparatoria, algunos estiman oportuno el nombramiento de un patrono que represente al inculpado en los diversos actos del proceso, teniendo su intervención caracteres especiales y limitándose a favorecer el desarrollo de la instrucción preparatoria, pudiendo llamar al defensor del inculpado para presenciar el descubrimiento del cuerpo del delito, que se obtiene por medio de visitas domiciliarias, inspecciones judiciales y actas.

Esta escuela, capitaneada en Italia y en el extranjero por distinguidas personalidades (1), tiene el sufragio de los Códigos austro-húngaros (2) y alemán (3).

Hemos expuesto más arriba el juicio que nos merece; en Italia sería inoportuno el planteamiento de las doctrinas que defiende.

La participación del inculpado en el desenvolvimiento instructorio, la presencia del defensor, la contienda en el sumario, no produciría en el estado ac-

(1) V. Cesarini, ob. cit., § VII, 2.
Carrara, *Opuscoli*.
Borsani e Casorati, ob. cit., vol. XI, § 526.
Carrara, *Discorsi d'apertura*, pág. 125.
Holtzendorff, *Die Reform der Staatsanwaltschaft*, 17, 23.
Idem, *Die Umgestattung der Staatsanwaltschaft*, 45.

(2) Véanse §§ 25, 45, 102, 116, 140, 143, 147, 162, 198, 199. C. P. P. de 1873.

(3) Véanse §§ 73, 98, 101, 110, 136, 137, 142, 147, 148, 190, 192. C. P. P. germánico de 1877.

tual de moralidad social, sino perniciosos efectos a la seguridad pública, imposibilitaría el descubrimiento de los delitos y traería el aumento de la delincuencia.

No puede negarse salga la verdad de la lucha de opiniones contrarias, que esta idea sea una de las ideas lógicas que presiden las manifestaciones del espíritu humano; pero es necesario ante todo presuponer que los contendientes tienen por objetivo la averiguación de la verdad, la moralidad, la conciencia de procurar triunfen la verdad y la justicia; y el concurso de este factor psicológico difícilmente puede suponerse: el inculpado, y por él el defensor, tiene en la generalidad de los casos un objetivo muy distinto del que tiene el magistrado, al que no le interesa asesinar moralmente a un ciudadano. Defensa y acusación son dos líneas rectas que no se encontrarán jamás. La una, aparte de contadas excepciones, tiende siempre a extraviar la dirección de la justicia; la otra, por el contrario, a llevarla por el debido camino; la una a obscurecer la verdad, la otra a aclararla; la una a producir la duda, para luego obtener un veredicto negativo; la otra a eliminar todo hecho que pueda engendrar vacilación sobre la responsabilidad del delincuente para lograr el triunfo de la justicia.

La teoría de la publicidad del procedimiento en la instrucción preliminar no causaría más que efectos poco convenientes en los juicios por jurados. El magistrado togado, apto para apreciar las pruebas en el juicio definitivo, puede suplir las dudas, las lagunas, el dualismo de una instrucción escrita; pero el magistrado popular, que a veces pronuncia sin conciencia el *sí* o el *no*, no puede desvanecer la apa-

rente deficiencia que haya, porque o no sabe apreciar, o aprecia malamente los resultados del debate. Los efectos serían, pues, contrarios a la justicia que debe ser el ideal de los juicios penales.

La participación del inculpado, según nuestro modo de pensar, requeriría la creación de una institución llamada a decidir las cuestiones entre el magistrado requirente o inquisidor y la defensa, porque si la defensa en el desarrollo preparatorio de las pruebas tiene por objeto la garantía individual, es necesario que este fin se logre a la par de la garantía social; son derechos individual el uno, social el otro, que en las fases evolutivas del proceso luchan por presentar la verdad. En el dualismo de las peticiones, en la oposición de las pruebas, ¿cuál será el magistrado llamado a dirimir las cuestiones que seguramente surgirán entre el que instruye y el que está encargado de la defensa? Si la defensa pide una prueba pericial, la práctica de prueba genérica que el magistrado requirente o inquisidor rechaza; si la defensa quiere se haga una pregunta al testigo que el magistrado no cree regular, pertinente, importante, concluyente, ¿quién resolverá la cuestión? El instructor ciertamente que no, porque, queriendo o sin querer, ha manifestado su opinión. Consignar la petición de la defensa en un proceso verbal, sin desenvolverla, sería poco conveniente; pues llegada la vista de la causa, una defensa ingeniosa haría constar ante el Jurado que había sido ahogada y lograr en la duda de este modo un veredicto negativo.

En el sistema por nosotros propuesto, la intervención del Presidente del Consejo de Orden o de Disciplina es lógica: su objeto es la inspección de la instrucción preparatoria; mientras que la intervención

de la defensa en el proceso no puede ser, como aquélla, negativa, automática: representa al inculpado, que casi siempre se presenta como víctima social.

Por último, observaremos que la publicidad, la contradicción en la instrucción preliminar significa discusión, y de aquí que desaparezca la celeridad relativa de los procedimientos, o al menos sea un piadoso deseo, un concepto discutible.

Los problemas sociales no se resuelven en forma telegráfica. Preparados por la ciencia, es necesario estudiarlos en la práctica, en sus relaciones con las costumbres, tradiciones, hábitos; en una palabra, con el ambiente moral, intelectual, económico y político.

En efecto; para las reformas jurídico-sociales es menester andar poco a poco: no se puede improvisar. No todo lo que se piensa en la soledad del gabinete por publicistas inexpertos, puede obtener resultado feliz en la práctica. Una institución es necesario se examine desde todos los aspectos antes de plantearse.

Repetimos lo que en forma brillante decía un hombre ilustre, el Ministro Guardasellos Pessina:

«Creo que la libertad no procede a saltos, repugna a la naturaleza y a la razón; creo que la libertad quiere el lento, pero seguro progreso, interesando lo viejo en lo nuevo, y que los saltos al principio no son la libertad. Testimonio es la nación maestra de libertad en el mundo: Inglaterra (1).

Pertenecemos a la escuela del progreso, pero moderado, justo.

Es necesario se tenga confianza en la magistratu-

(1) Pessina. Sesión del 3 de Junio de 1885.

ra, que no puede tener otro propósito que la verdad, la recta administración de justicia, mientras que a menudo la defensa tiene el de combatir la instrucción.

Los mismos mantenedores de aquella doctrina, al no querer la asistencia del inculpado o de su defensor al examen de los testigos y creerla necesaria y legítima en la comprobación de las varias materias instructoras, vacilan en su planteamiento. Dice Cesarini: «Después de haber expresado los medios diversos por los cuales se puede actuar, durante la instrucción preparatoria, el derecho de defensa del inculpado en el proceso, debo añadir es indispensable en la práctica estén rodeados de previsoras condiciones que, sin destruir su intrínseca virtud y eficacia, evite cualquier peligro para la pública seguridad. Así, por ejemplo, la asistencia del inculpado y su patrono a los actos procesales ha de ser una simple facultad y no una obligación; jamás una formalidad substancial del acto exigible por la ley ha de limitarse al momento de la acción, para lo que entre la citación y la intervención habrá brevísimo intervalo; no valga cualquiera causa de tardanza o impedimento para dilatar el acto mismo, y, en fin, ha de ejercerse por vía de instancias y declaraciones que se inserten en el acta, pero nunca por medio de una contienda inadmisible durante la práctica de las pruebas sumariales» (1).

Dicen Borsani y Casorati: «No ocultamos los inconvenientes ni los peligros que una no segura aplicación de este principio causaría a la pública seguridad: no obstante, juzgamos que al lado de la conce-

(1) Cesarini, ob. cit., II, § 526.

sión sería necesario poner las debidas condiciones y limitaciones» (1). Esta teoría es también sostenida por Carrara (2) y Tolomei (3).

Creemos, pues, que es un error productor de graves consecuencias admitir la participación del inculpado en el proceso y negarla al Ministerio público. Si es sagrado el derecho individual, lo es también el derecho social, que no tiene otro fin más que el derecho individual, considerado en su colectividad. El Estado, órgano del derecho, tiene el deber de garantir y asegurar la coexistencia de las libertades individuales y el recíproco ejercicio de los derechos de los organismos que le componen.

Es un punto en el cual están conformes todos los publicistas, desde Platón a Aristóteles, desde Beccaria a Romagnosi, desde Romagnosi a los defensores de la nueva escuela penal, Despine, Minzloff, Liszt, Lombroso. Spencer opina que la realización del derecho es la principal misión del Estado, si no la única (4).

En estos tiempos el Ministerio público es duramente combatido por algunos escritores. Pero si, como hemos de demostrar, es el defensor de la sociedad, el defensor de la justicia y de la libertad, y si su final objetivo es que el Estado viva en condiciones fisiológicas, evitando por medios jurídicos que el fenómeno patológico se desarrolle de tal modo que invada todas sus funciones, negar al Ministerio público la participación que se quiere conceder al delincuente, mues-

(1) Carrara, *I discorsi d'apertura opuscoli*, vol. IV.

(2) Idem, *Lineamenti di pratica legislativa penale.*

(3) Tolomei, *Il diritto di difesa durante l'istruzione preparatoria dei processi penali.*

(4) Spencer, *The man and the state.*

tra no sólo la poca lógica de los mantenedores de tales ideas, sino también sus falsos y no elevados principios acerca de la organización del Estado y sus funciones.

Nosotros admitimos la defensa durante la instrucción preparatoria de los procesos penales y la intervención de carácter negativo de un funcionario independiente, libre, que no tenga interés alguno en sostener la inculpabilidad o culpabilidad del acusado, cual sería el Presidente del Consejo de Orden o de Disciplina o un individuo del mismo Consejo, delegado por el Presidente.

La participación mayor del inculpado en los procesos no puede ser más que el producto del tiempo y el resultado del concurso de diversos factores sociales, que todavía entre nosotros se hallan en estado embrionario.

Dejemos alguna vez de invocar el ejemplo de Inglaterra, que está más adelantada que nosotros, y donde, como bien han dado a conocer Mittermaier y Glaser, no siempre tiene el sistema de la publicidad las garantías que algunos creen.

El continuo citar a Inglaterra es una desventura para Italia. No todo lo que vive en un Estado se puede fácilmente trasladar a otro, por muchas razones, no sólo morales, intelectuales, políticas y económicas, sino también físicas, sociológicas, sociales. ¿Es posible se compare Inglaterra vieja en la libertad con la Italia todavía muy joven? La anglomanía es hoy una enfermedad general.

Volviendo a nuestro proyecto, se aproxima en el fin al principio de la escuela ecléctica que la ciencia en esta cuestión conoce, y así el propósito de la defensa de los inculpados durante el procedimiento pe-

nal se verá realizado, evitando al mismo tiempo las consecuencias del sistema del secreto y las de la publicidad.

Dice Casorati: «El que se propone favorecer a los inculpados, fácilmente compromete los intereses de la seguridad social» (1).

V

Hemos indicado la necesidad de este órgano jurídico, esto es: del Presidente del Consejo de Orden o de Disciplina o de un delegado suyo, solamente para los delitos graves, porque confiamos la instrucción de los delitos menos graves a los pretores, bajo la inspección del Procurador del Rey y del juez instructor; y bien el principio de garantía sea necesario tanto para los unos como para los otros, sin embargo, atendido el leve daño de los menos graves, en el desarrollo instructorio no hay los peligros que los escritores desean evitar merced a la publicidad. Ardientes defensores de los Tribunales colegiados, somos hostiles al elemento unipersonal. Para nosotros el juez único significa negación de toda garantía política: significa sistema autocrático, y, por lo tanto, negación de libertad de garantía constitucional. El sistema judicial inglés no nos agrada.

Opinamos, desde todos los aspectos, que la instrucción de los crímenes debe confiarse solamente a los jueces instructores, negándoles la facultad de delegar en los pretores, que, como demostraremos en el pre-

(1) L. Casorati, *Il processo penale e le riforme. Studi*, página 280.

sente trabajo, no deben ser llamados a otra cosa que a recibir por orden del Procurador del Rey las primeras informaciones para proceder a la citación directa o directísima, única forma practicable en los juicios sobre delitos menos graves; único sistema que tiende a la realización de los dos grandes factores que entran en la justicia correccional: la celeridad en el procedimiento y el pronto castigo de los culpables.

El pronto castigo del delito leve es poderoso remedio preventivo contra la perpetración del delito grave, y la ejemplaridad de la represión y su eficacia dependen en absoluto de la celeridad (1).

Es cierto que en general la escala del delito es imaginaria: muchos comienzan la carrera del crimen por el homicidio o por la violación, como nos lo demuestran Carpinteri, Moro, Quarteri; pero es muy frecuente, dice Locatelli (2), se comience por pequeñas sustracciones domésticas y se vaya poco a poco; se comience por el delito de poca entidad. No castigado el primer acto culpable, el delincuente se anima, y del simple hurto se llega al robo. Algunos luchan por la existencia valiéndose de medios violentos, como la rapiña, decía el excéntrico profesor alemán Albrecht en el último Congreso antropológico (3).

---

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., § 858, vol. III.
Spencer, *Saggi di politica. La morale delle prigioni.*
(2) V. Lombroso, *L'uomo delinquente*, cap. XIV. pág. 276.
(3) Legislación española.—Art. 306:
«Conforme a lo dispuesto en el capítulo anterior, los jueces de instrucción formarán los sumarios de los delitos públicos bajo la inspección directa del Fiscal del Tribunal competente.
»La inspeción será ejercida, bien constituyéndose el Fiscal por sí o por medio de sus auxiliares al lado del juez instructor, bien por testimonios en relación, suficientemente expre-

VI

El estudio de las instituciones judiciales en materia penal abraza dos partes: la una concierne a la potestad de juzgar y la de reunir los elementos que sirven para resolver; la otra se refiere a los actos todos del juicio y las reglas que le gobiernan. La primera constituye el tratado de la jurisdicción, y la segunda el tratado del procedimiento judicial.

Interesantes son las cuestiones que en la ciencia se suscitan acerca de la jurisdicción general, y especialmente en las varias jurisdicciones penales.

VII

La jurisdicción instructoria es una creación de la nueva cultura; su pensamiento y su realización, de la civilización moderna. En vano se la buscaría en el primer período del sistema acusatorio y del sistema inquisitivo.

En estos dos momentos del desenvolvimiento teórico del procedimiento penal, no se ven más que los obscuros recuerdos de la Edad Media y de los juicios de Dios. El verdadero génesis de la jurisdicción instructoria data de los primeros períodos de la civiliza-

---

sivos, que le remitirá el juez instructor periódicamente y cuantas veces se los reclame, pudiendo en este caso el Fiscal hacer presentes sus observaciones en atenta comunicación y formular sus pretensiones por requerimientos igualmente atentos. También podrá delegar sus funciones en los Fiscales municipales.»

ción política; se remonta a la gran Carta inglesa, en la cual se lee que ningún hombre libre pueda ser arrestado o condenado sino por juicio de sus iguales (1).

La opinión que pone su primer vestigio en una ley de Etelredo, siglo nono, es muy dudosa.

Por muy dignas de admiración que sean las tentativas hechas por los romanistas para demostrar lo adelantados que se encontraban los romanos en la penalidad, poco han transmitido a los siguientes siglos. Es una conquista de la civilización moderna la creación de la jurisdicción instructoria, que en su evolución histórica presenta fases, períodos de progreso según el movimiento social de los pueblos.

La razón política de toda institución instructoria, su concepto filosófico progresivo, su razón positiva, es el resultado del movimiento político del organismo social; en una palabra, del humano mejoramiento.

Un Gobierno se funda en garantías políticas, las cuales, cuanto más verdaderas, son tanto más instituciones jurídicas y sociales. La concentración de los poderes significa absolutismo, así como la división, libertad, que no ha de confundirse con el autorismo, estatorismo o humanismo.

No somos partidarios del juez único. Defendemos la colegialidad, que representa el verdadero concepto de las garantías constitucionales, el verdadero criterio democrático, que es menester informe las instituciones jurídicas y sociales.

La teoría democrática exige por necesidad de medio diversidad de institutos jurídicos, que tengan la

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., *Prefazione*.

potestad de juzgar dentro de los límites de materia y territorio.

La historia comparada de la organización social de los distintos Estados europeos demuestra claramente este principio. En el absolutismo del Estado se encuentra la centralización política y jurídica; en el liberalismo, la descentralización. Por esto sostenemos ideas opuestas a las de los que por consideraciones financieras defienden teorías contrarias al puro principio de la afirmación del derecho.

Es una verdad histórica lo que sobre este punto escriben Borsani y Casorati; es decir, que la constitución de la magistratura y las formas de las acciones públicas y privadas son las partes de la legislación que más se enlazan a la política, porque contienen las preciosas garantías de la personalidad humana (1).

VIII

Entre las diversas y varias instituciones jurídicas que ejercen la jurisdicción penal y tienen por objeto descubrir y castigar los delitos, la primera que se presenta es el pretor, que, además de conocer de las contravenciones y delitos leves, tiene la jurisdicción delegada para los delitos en que por atenuantes o por otras causas hay que rebajar la pena, y la relativa a la investigación de los delitos de competencia superior.

Acerca de este magistrado se ha escrito mucho. Nos parece que la cuestión se ha llevado al terreno

(1) Borsani e Casorati, ob. cit. *Prefazione.*

del sentimentalismo jurídico. Amamos la joven magistratura, pero ante todo la justicia.

El último proyecto de organización judicial, dado a la estampa por el Ministro Guardasellos Tajani en 1879, considera esta institución en una esfera muy extensa.

Nosotros, que deseamos que la administración de justicia tenga por objeto el triunfo de la misma antes que la economía, no participamos de las ideas de la mayor parte de los escritores.

El elemento financiero en la administración de justicia no puede menos de producir perjudiciales efectos. Las organizaciones judiciales inspiradas en el humillante principio de economía no pueden dar, como no han dado, resultados provechosos. Si la libertad individual es sagrada, si no es una ironía, se la debe rodear de todas las garantías a fin de que no sea violada.

Querer extender la jurisdicción instructoria de los pretores; querer aumentar su competencia, no sólo sería atentar a la libertad individual, sino también alguna vez a la tutela jurídica.

Inviolable es el derecho del hombre a la libertad, pero inviolable es igualmente el derecho del Estado al orden, a la seguridad. Reconocemos que entre los dos derechos no hay conflicto, lucha, dualismo, sino armonía entre la seguridad social y la seguridad individual. Como el ciudadano tiene derecho a la garantía, el mismo tiene la sociedad, que existe para mejorarse gradualmente y no para gradualmente empeorarse, y a esto tiende el delito. Llámese como se quiera: juez de distrito, pretor o juez de tribunal con funciones de pretor, nunca será más que un funcionario que vive en un ambiente no muy saludable,

en un espacio muy reducido, en un pequeño centro donde a menudo la educación y la instrucción no son como en las grandes poblaciones; donde el funcionario no puede por completo eximirse de las influencias locales, de la presión de alguna relación de dependencia; donde, en una palabra, no puede moverse en su esfera de acción, por muchos motivos locales y generales, entre los que no deben olvidarse los económicos y sociales, así como la falta de seguridad personal que le impiden cumplir por entero sus deberes.

Dejemos de una vez el convencionalismo; destiérrense las frases altisonantes que no producen ya efecto alguno. El período de la poesía se ha acabado y ha entrado el período de la prosa, que se denomina positivismo.

Ahora bien: estudiada en los hechos la organización de la Pretura, no se puede de buena fe sostener la extensión del procedimiento instructorio y de la competencia pretorial. Sólo el que atiende a razones de economía, sólo el que desconoce la vida práctica, puede hacerse su defensor. Por el contrario, nosotros juzgamos no deben ser llamados los pretores a otra cosa que a la instrucción de los delitos de propia competencia, a la práctica de las primeras diligencias necesarias para la citación directa en los de competencia superior y la averiguación de las contravenciones, dejándose el sumario de los crímenes a los jueces instructores, cuyo número se aumentaría según la importancia del distrito.

Queda, pues, a los pretores la práctica de la prueba genérica, que es necesario se reúna con la mayor celeridad y se evite no desaparezca. Se limita al caso de temerse la fuga, la orden de arresto, que sería examinada por el Procurador del Rey y por el juez

instructor, quienes podrían revocarla; no debiendo ser éste el único elemento que mueva al pretor a expedir la orden, es menester vaya acompañado de algún otro, porque dice bien Luccini: la fuga sola no puede ser indicio de culpa (1).

Por lo tanto, excepto la práctica de la prueba genérica y de algunas declaraciones para poder expedir un mandato, no permitiríamos que la instrucción fuese seguida por los pretores, sino por los jueces instructores con las garantías arriba indicadas.

Cualesquiera que sean los conocimientos, la inteligencia del pretor, fuera de algunos casos, el juez instructor tiene más experiencia, más ingenio instructorio. La práctica de las pruebas no consiste solamente en recibir y fechar una declaración, sino en el orden lógico de la misma. Un procedimiento que presenta una aglomeración de declaraciones disgregadas sin ningún lazo jurídico-racional, no puede producir más que efectos contrarios al principio de la evolución histórica de las pruebas reveladoras de la culpabilidad o inocencia del acusado. Es menester presente el procedimiento un todo armónico completo y con orden lógico. A menudo el éxito desgraciado de un juicio ante una corte de Asisas, se debe a una mala redacción de un acto instructorio, a una laguna que difícilmente llena el buen sentido de los jurados. A veces el triunfo del delito no es más que el resultado de una instrucción mal dirigida. Un instructor no se crea fácilmente; sólo se forma con el tiempo.

No vale decir que el proceso es examinado por el Procurador del Rey, el juez instructor y la Sección de

(1) *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio.*

acusación, pues algunas lagunas procesales no se pueden ya llenar.

Un proceso en que por no haber adoptado el magistrado inquirente un sistema eliminativo, presenta elementos de prueba contrarios, no puede menos de tener mal éxito. No se puede, después de transcurrido algún tiempo, borrarse el punto negro, terrible espectro para la acusación ante las Asisas, porque llevando la duda a la conciencia de los jurados no educados en la elaboración y apreciación de la prueba, especialmente de la conjetural, indiciaria, acaban por pronunciar el monosílabo *no*.

Un proceso que no presenta bien confirmado el cuerpo del delito, dudosa y obscura la causa determinante, opuesta, contradictoria, deficiente la prueba por falta de eliminación y ahogada por la prolijidad y poca claridad de las declaraciones, mal practicada la de descargo, incompleto por no tener documentos indispensables para la graduación de la pena y adolece de otros defectos, que no debieran existir en un sumario, no puede dar por resultado el triunfo de la verdad y de la justicia. Bentham, Mittermaier, Helie, Mario Pagano, Nicolini, Romagnosi, Ellero, Saluto, Pessina y todos los que han escrito sobre procedimiento penal, afirman el principio expuesto.

En el procedimiento criminal, más todavía que a diligencias inútiles, se debe tener miedo a las omisiones.

Dice Ellero (1): «Aquéllas son positivas y se pueden reconocer; éstas son negativas: ¿cómo reconocerlas?»

En los tiempos actuales de partidos, o mejor dicho

(1) Ellero, *Trattati criminali*, § 100.

de facciones, de creciente inmoralidad, el juez instructor no sólo necesita ingenio, doctrina, tacto instructorio, intuición, penetración, prudencia, golpe de vista, firmeza, valor cívico, independencia ilustrada y positiva experiencia, sino que es menester esté dotado de talento escrutador del corazón humano, conozca la anatomía de las pasiones, los profundos rencores, los odios para poder descubrir el valor real de los hechos que interesan a su ministerio; hoy las falsas denuncias, las declaraciones falsas, el anónimo, están de moda, especialmente en donde no ha penetrado la civilización y están obligados a residir los pretores.

Debe el magistrado inquirente, con calma, sin preconcebidas ideas de culpabilidad o inocencia, desarrollar las pruebas, no sólo desde el aspecto fisiológico, psicológico, psíquico, sino también político, esto es, en sus relaciones con el partido, o por mejor decir, con las facciones que se agitan en el lugar donde el delito se dice cometido, en su relación con la moderna vida social.

En recta conciencia, sin convencionalismo, nuestro pretor, en las condiciones actuales de organización judicial, ¿presenta estas garantías de capacidad e independencia? ¿Es posible que un joven, apenas concluída su carrera, dé los primeros pasos en la judicatura, abandonado a sí mismo, sin el fantasma de garantía que se suele ver en la inamovilidad concedida a otros jueces, subordinado al jefe de la magistratura, requirente de la circunscripción o del distrito, al poder político, bajo la presión de facciones que se disputan el mando y con mísera retribución, tenga tanta capacidad intelectual, tanta independencia, tanta fuerza política para resistir la corriente que

procura arrastrarle, para presentar, en suma, sobre la mesa de la justicia un proceso desarrollado con el orden lógico, con la claridad, la precisión, el sistema escultural, el orden científico, la exactitud, la independencia; en fin, la crítica criminal, sobre el cual después el magistrado togado o el magistrado popular deba dar su veredicto? Lo dudamos. Nuestra duda es hija, no de un principio abstracto, sino de una larga experiencia. Hemos estado en grandes y pequeños centros, y la experiencia nos ha enseñado que la capacidad intelectual e instructoria, la independencia, el valor cívico en el pretor es un piadoso deseo y será una idea puramente platónica después de la ley de 23 de Diciembre de 1874, la cual, a fin de remediar la persistente falta de candidatos, exige menos requisitos, disminuye las dificultades para obtener aquel cargo.

Reconocemos que no todos los jueces instructores están a la altura de su misión; pero lo que constituye en éstos una excepción es regla general entre los pretores. La edad, la larga carrera, la inamovilidad, son garantías tanto para el Estado como para el individuo.

En interés, pues, de la sociedad y del individuo creemos necesaria la reforma, es decir, se confíe la instrucción de los procesos penales sólo a los jueces instructores, con la, en cierto modo, relativa garantía de la publicidad, representada por la intervención del Presidente del Consejo de Orden o del de Disciplina, o por persona por ellos delegada.

No nos parece serio atribuirle la entera competencia correccional, como la tenía el juez de distrito en las provincias del Mediodía, resolviendo así substancialmente la debatida cuestión del juez único, de tantas y tan variadas relaciones con los problemas fun-

damentales de la organización judicial y del procedimiento, pues mal puede hacerse de un modo aislado y como por accidente al hablar de la competencia penal de los pretores.

Para nosotros esta extensión es un absurdo, tanto en interés de la sociedad ofendida como del individuo penalmente responsable.

Si el pretor pertenece a una escuela lapsa se dará el escándalo de castigar un delito grave con una pena leve; si es rigorista, castigará un delito con diez y ocho años de prisión por la no existencia de circunstancias atenuantes.

La justicia sería una ironía, una utopia el derecho de libertad individual, mentira las garantías constitucionales, si se sancionara el principio que el mismo pretor, juez instructor del proceso, y que, por lo tanto, se encuentra en cierto modo interesado, conozca luego del juicio.

El juez único está más expuesto a error que el Tribunal colegiado; la unidad es un peligro para los juzgados y para la conciencia de los juzgadores; la discusión suscita dificultades, recuerda precedentes, ilustra los espíritus, tranquiliza la conciencia, y a veces, en medio del debate, aparece la idea verdadera, la palabra decisiva, que hace cesar los disentimientos.

Seamos francos: hecha abstracción de la mayor capacidad intelectual, los pretores, por las variadas atribuciones que les confía la legislación italiana, oprimidos por un excesivo trabajo administrativo, civil, penal y de policía judicial, no pueden desempeñar bien la justicia correccional: los ciudadanos no encuentran suficiente garantía en la resolución individual de un pretor.

La libertad personal no debe dejarse a discreción de un solo juez amovible y con tantos vínculos de dependencia jerárquica, que por su condición no puede substraerse a las influencias locales; ni la justicia puede administrarse bien por un magistrado residente, en lo general, en pequeños y alejados centros, donde no existe un Foro que pueda velar por la defensa docta y valiente de los acusados, y la rapidez de las formas quita la garantía de un rito solemne que sea protector de la sociedad y asegure el triunfo de la inocencia.

«Yo ví en la práctica, escribe el ilustre Carrara, el sistema del juez único en los tres primeros lustros de ejercer de abogado. Existía antiguamente en el ducado de Lucca. Los pretores desempeñaban la jurisdicción correccional, y rigiendo entre nosotros el Código francés, podía imponer hasta diez y seis años de prisión; de sus sentencias se apelaba al Tribunal colegiado, residente en la capital. Pero como tenía graves inconvenientes, se vieron obligados los gobernadores de aquel pequeño ducado a prescindir de la economía, y abandonaron este sistema para mantener el señorío de las leyes.

»La suerte de la tutela jurídica, lo diré de una vez, con el juez único depende del arbitrio y del acaso» (1).

Movidos por un falso principio de economía, algunos de nuestros publicistas proponen se confíe enteramente a los pretores la administración de la justicia correccional. Esta malaventurada tendencia, si continúa, convertirá en una ironía la justicia. A la

(1) Carrara, *Pensieri intorno ad alcuni progetti sulla economia della finanza italiana,* pág. 46: Lucca, 1867.

verdad, quien haya sido educado en la escuela de la experiencia reconocerá con nosotros que la teoría del juez único es ilegal e injusta.

Las biografías penales de los mayores delincuentes demuestran que muchos delitos siempre quedan impunes en procesos resueltos por jueces inferiores únicos. Un ilustre hombre de Estado, Sclopis, prueba históricamente que la primera y más antigua forma de los Tribunales italianos fue la colegial (1).

La mayoría de los escritores sensatos, la mayoría de los publicistas no alucinados por las economías, sostienen la colegialidad (2).

La colegialidad es garantía de rectitud e independencia de los magistrados, dice en un brillante discurso el Procurador general Borgnini (3).

Y ha de preferirse también en las causas en las que no se repute necesario el Jurado, porque es manifiesto ser más fácil sea vencido por el error o la pasión uno solo que varios (4).

Falta de garantía intelectual, de garantía individual, de garantía jurídica, de garantía social, son las consecuencias del juez único.

La concentración de muchos poderes en una sola persona, como produce el despotismo en el orden po-

---

(1) Sclopis. *Storia della legislazione italiana,* pág. 250, vol. XI.

(2) C. Cesarni, *Dell'appello in penall,* págs. 442 y siguientes.

Mancini, Pisanelli e Scialoia, *Comm. del cod. di proc. civ.*, volúmen I.

Pessina, *Discorsi pronunziati alla Camera dei deputati nelle tornate del* 2, 3, 5 *e* 6 *giugno* 1885.

Hammaggi Sandor, *Il sistema del guiudice singolo: la nostra politica giudiziaria*: Budapesth, 1880.

Borgnini, *Relazione statistica*, 1885, pág. 24.

G. Tolomei, *Diritto e procedura penale,* núm. 2.074.

lítico, lo produce en el orden jurídico, y el despotismo es la muerte de la vida social.

La verdad surge de la lucha, de la oposición de opiniones; en la atonía no está la luz y no puede encontrarse la verdad. La discusión muestra los errores. El juez único significa atonía, despotismo, en una palabra, violación de los principios que informan nuestro derecho público interno; vuelta al pasado, a la negación de la personalidad civil y jurídica. La institución del juez único viola la ley de la humanidad, que camina hacia adelante.

Entusiastas defensores del Tribunal colegiado, opinamos que el aumento de la competencia de los pretores en los juicios penales no debe aceptarse por ser contrario a los derechos del Estado y del individuo.

IX

Los sostenedores de esta teoría afirman los siguientes conceptos: el juez único, encontrándose sobre el terreno donde los hechos tuvieron lugar y entre las personas que los cometieron, puede conocer más exactamente la verdad; los mismos testigos son más solícitos para declarar, porque menor es el sacrificio de tiempo que exige el testimonio, y en todo caso los errores del juez son reparables en grado de apelación; y pues la experiencia ha demostrado que los pretores pueden rectamente administrar la justicia correccional dentro de los límites asignados por el Código de procedimiento penal en el art. 11, con mayor razón es lícito confiar pueden ejercer con igual aptitud y con igual utilidad una mayor jurisdicción que esté basada, no en el criterio falaz y a menudo arbitrario

de la estimación preventiva de la pena, sino en la intrínseca naturaleza de los hechos, en la índole propia de las infracciones punibles; que el Colegio crea una responsabilidad indeterminada y ficticia, ahoga y destruye la responsabilidad personal más verdadera y segura, porque para tener buenos jueces es necesario sean pocos, y, por último, la historia nos da la mejor prueba en el pretor romano, lombardo-véneto y meridional. ¡Convencionalismo, retórica!

El primer principio sentado por la escuela descentralizadora es un sueño: los pretores tienen poco o ningún prestigio; respiran casi siempre una atmósfera malsana; viven en un ambiente inficionado, la presión de los partidos, que en los centros populosos desaparece, en los pequeños, donde las facciones se disputan de un modo salvaje el poder, donde la vida se pasa en luchas furiosas, donde los partidos, degenerando en facciones, en vez de seguir la evolución progresiva, tienden a la contraria, desgarran el Estado, extienden su influencia deletérea a la administración de justicia.

Un pobre pretor no rodeado del prestigio tan necesario para el desempeño de las funciones judiciales, por honrado que sea, es imposible pueda resistir las influencias locales y evitar la presión del poderoso del país o la amenaza del fuerte. La máxima de que todo contacto entre la política y la justicia es pernicioso para ésta, en cualquiera parte que suceda, es una verdad innegable, y este contacto es imposible evitarlo en los centros en que se desarrollan los juicios correccionales.

Hojeando las páginas de ilustres publicistas, Burk, Sthal, Romher, Burkhardt, Wachimut, Frantz, Bluntschli, Macaulay, Mill, Laveleye, Balbo, Rossi, Guizot,

Scialoia, Carutti, Saredo, Minghetti, Spaventa, Palma, etc., y las de la historia antigua y moderna de los partidos, veremos comprobada esta verdad.

«No pidáis tanta virtud, escribe un ilustre magistrado, en el juez único que resista halagos y asechanzas capaces de seducir, confiésase todo un Tribunal colegiado. La humana fortaleza tiene sus leyes y sus límites: querer exagerarlos es un error» (1).

Decir que el pretor está en condiciones mejores de conocer la verdad, es una utopia; la conoce al través del prisma de la presión: el juicio, por tanto, no puede ser exacto.

El segundo principio es fruto de una acalorada fantasía. Los testigos interrogados en el lugar donde ha sucedido el delito, por estar a menudo presentes los inculpados y sus deudos que emplean todas las insinuaciones posibles, son los que faltan más a la verdad. En efecto, en los delitos graves, aparte de que muchas veces intervienen el Procurador del Rey y el juez instructor con prestigio diverso y otra fuerza moral, el proceso sigue desarrollo mejor donde los testigos no pueden sufrir la influencia de los inculpados, de sus parientes y protectores, que, como hongos, brotan casi siempre en los procedimientos penales.

El tercero es hijo de la falta de conocimientos prácticos: el hombre de gabinete ve todo al través de un prisma de color de rosa, y de aquí los proyectos utópicos. Con frecuencia, por no decir constantemente, las sentencias penales de los pretores no responden a los estrictos principios de la justicia punitiva: son el resultado de un sistema muy riguroso o dema-

(1) G. Borgnini, *Relazione* cit., pág. 24.

siado lapso. El que no es extraño a los estudios estadísticos, no podrá menos de reconocerlo.

Es risible comparar un joven magistrado que comienza la carrera, sin práctica, llevando una vida apartada de los estudios y trabajo propios de la vida intelectual y científica, en un centro donde no hay bibliotecas, con un Foro que en vez de formar desorganiza el criterio jurídico, a un Colegio compuesto de magistrados inamovibles, que viven en un ambiente puro, educados en la escuela de la experiencia, con estudios suficientes, en medio de un Foro instruído, en un centro donde hay bibliotecas, distante de las influencias locales; a un cuerpo de magistrados, en una palabra, que ofrece todos los factores de garantía legal.

Reconocemos que la jurisdicción correccional ejercida por nuestros Tribunales está lejos de obtener el sufragio de la opinión pública. Mas no es consecuencia legítima que la resolución del juez único haya de considerarse más justa que la del magistrado colegiado. No seguimos el sistema de Lozzi, de Pascal y algún otro magistrado, que lamentan el estado actual de la magistratura; es clara la exageración: también en los tribunales superiores acontece que algunos fallos no satisfacen las exigencias de la justicia.

El cuarto principio no nos parece lógico. El Colegio, se dice, crea una responsabilidad innominada y ficticia, y ahoga y destruye la responsabilidad personal.

El Colegio da la garantía de la discusión; la garantía del cambio de ideas, la lucha de opiniones; la garantía de la verdad. Ninguna diferencia hay en cuanto a la responsabilidad del voto entre el juez único y el colegiado que, después de amplio debate,

después de una lucha jurídica, pronuncia la última palabra expresión de la verdad, resultado de votos conscientes, representantes del criterio jurídico de la mayoría o de la totalidad. No es ficticia la responsabilidad del magistrado colegiado. La responsabilidad del voto no está en la apariencia, sino en lo conveniente de la votación, que luego se muestra de un modo claro en el razonamiento, la mayor garantía jurídica de las resoluciones judiciales.

La doctrina de los defensores del juez único es una violación de los cardinales principios de la constitución. Las leyes, el porvenir político, económico, internacional y social se discuten en las grandes asambleas, donde el voto no es personal, sino colectivo; en que cada uno es responsable ante sí mismo y el Estado de la discusión habida, y a ningún estadista se le ha ocurrido sostener la irresponsabilidad.

La cuestión del juez único o colegiado es problema económico: gastar lo menos posible en la administración de justicia; reducir tan delicada e importante misión del Estado a un cálculo, sin cuidarse para nada de las consecuencias funestas de una justicia económica. Decimos es un problema financiero y no de justicia, pues no llegándose a la impudencia de sostener el juez único con una sola instancia, el juez colegiado reaparece siempre.

«No basta, decía un sabio publicista, que el hombre de Estado conciba en su mente una institución: es menester adquiera la conciencia de que ésta inspira confianza y está rodeada del debido prestigio en la conciencia general, en la conciencia de las multitudes» (1).

(1) Pessina.

Una institución que no ofrece alguna garantía no puede ser aceptada por los hombres honrados.

Pero, se afirma, las garantías de capacidad intelectual y moral no pueden encontrarse más que en pequeño número. Es una observación que no merece responderse. Se pueden tener magistrados buenos con el sistema del juez único y el del juez colegiado. Reálcese el prestigio de la magistratura, de esta venerable vestal; hágase, no sólo inamovible, sino independiente de todo poder; hágasela digna, desde todos los aspectos, de la misión que se le confía, y entonces la ciencia y la inteligencia irán a vestir una toga que representa, no sólo un gran poder del Estado, sino también un poder no feudatario de ningún elemento social.

Reconocemos con el ilustre Pessina que la magistratura italiana, oprimida por las condiciones angustiosas del Erario público, se ha resignado a tener poco, venciendo todas las dificultades, afrontando las aflicciones del presente y las ansias del porvenir; ha conservado inmaculada la toga; ha conservado invulnerable el depósito de la justicia social (1), pero es necesario acabe de una vez este estado transitorio y la condición económica se ponga al nivel de la condición social. Hagamos que la magistratura, con las espinas, recoja también las rosas. La lucha por la vida no es solamente moral, política, social, sino también económica. En la resolución de los problemas sociales no se debe olvidar el factor financiero.

Es un principio afirmado por todas las escuelas de economía social, desde Smith a Mill, y desde éstos a

(1) Ministro Guardasellos Pessina. Sesión del 3 de Junio de 1895.

todos los economistas modernos. Laveleye, docto economista, le desarrolla de un modo brillante.

Un antiguo e ilustre magistrado, en bien pensada relación estadística, decía: «También yo, por prepotencia del hábito, soy discípulo de la experiencia y gusto del estudio de la realidad» (1).

El número de funcionarios en un Gobierno constitucional es de esencia; porque hecha abstracción de las varias definiciones del Estado dadas por los publicistas, no puede negarse está el Gobierno democrático constitucional en las garantías concedidas al derecho individual en armonía con el derecho social (2). La división de los poderes autónomos y armónicos, garantías democrático-constitucionales, en fin, un Gobierno libre, presupone la exclusión de un sistema centralizador—el Estado soy yo, de Luis XIV; —es teoría de derecho público interno que pasó a la historia, y por natural y lógica consecuencia hoy hay necesidad de la multiplicidad de funcionarios. Las funciones del Estado crecen a medida que se desenvuelve el régimen representativo. El desarrollo del funcionarismo, censurado erróneamente por Bukle, es resultado de un completo sistema de garantías constitucionales (3). La división de los poderes, negada por algún publicista lírico (4), significa agrupaciones diversas, individualidades distintas.

Pierantoni escribe: «Esta es la admirable ley eco-

---

(1) Borgnini, *Relación* citada.

(2) Cherbuliez, *Traité des garanties costitutionnelles.*

V. Lamartine, *Historia de los Girondinos.*

(3) Arcoleo, *Appunti di diritto costituzionale*, pág. 21.

(4) L. Blanc, *Storia della rivoluzione francese,* vol. I, página 109.

P. Larroque, *De l'organisation du gouvernement republicain.*

nómica de la división del trabajo trasladada a la ciencia política (1).

División de los poderes no quiere decir estén separados y menos sean hostiles entre sí.

Monnier, Clermont Tonnerre, Malouet, Mirabeau, decían: «La división de los poderes no debe significar separación geométrica» (2).

La moderna organización política excluye la resurrección del pretor romano. Sería un retroceso. La libertad romana para nosotros sería esclavitud, tiranía, negación de toda libertad civil y política (3).

El fundamento histórico del Pretor romano, lombardo-véneto y de las dos Sicilias se destruye por la misma historia.

El derecho público interno romano dista mil leguas del derecho público interno europeo, que ha costado a la humanidad tantas luchas, tanta sangre, tantos mártires. Quien defiende el pretor romano, desconoce la historia de la civilización, no ha hecho estudios históricos (4), ignora el derecho romano y sus progresos.

El que conoce la historia del derecho romano, sabe que el nombre de pretor tenía un significado distinto del que tiene en nuestras instituciones judi-

---

(1) Pierantoni, *Tratatto di diritto costituzionale*, cap. VIII, vol. I, pág. 273.

(2) Palma, *Corso di diritto costituzionale*, vol. I, cap. VI, páginas 192, 193,

Romagnosi, *Giurisprudenza teorica*, parte 1.ª, libro 8.º

Pessina, *ob. cit.*

(3) Ahrens, *Diritto naturale*, pág 324. Trad. *Marghieri.*

(4) Véanse Niebuhr, Spangenberg, Savigny, Ihering, Varnkoenig y otros distinguidos tratadistas que han escrito sobre historia del derecho romano.

ciales (1), y a qué estado de humillación quedó reducido bajo los Emperadores (2).

El Pretor lombardo-véneto es un triste recuerdo de tiempos pasados. «No pregunto si el juez único dió buenos resultados en Lombardía y en Venecia; quiero admitirlo. Recuerdo con todo que aquellas provincias estaban bajo un régimen férreo; que el Pretor tenía vigorosa autoridad y fácil respeto del Gobierno, del cual era emanación y parte íntima; que aquellos pueblos eran trabajadores e industriosos; las inmensas propiedades no eran a propósito para muchos y pequeños litigios, y las grandes circunscripciones estaban en consonancia con una organización política y militar hecha para conservar aquella parte de Italia como país conquistado—dice el Procurador general Borgnini» (3).

El juez de distrito del reino de las dos Sicilias: déjesele dormir sueño tranquilo en la tumba que encierra el Gobierno de la negación de Dios. No se evoque aquel espectro feudatario del poder político y eclesiástico. El juez de distrito del antiguo reino de las dos Sicilias tenía la policía; era una combinación jurídico-político y eclesiástica. Era algo híbrido, despótico, tiránico, como el Gobierno del que era encarnación viviente.

En pocas palabras; estas reminiscencias históricas, este ideal histórico de los defensores del juez único significa la destrucción del derecho público nuevo,

---

(1) L. 2, § 10 D. *De orig. juris.*, 1, 2.
L. 7. D. *De justitia et jure*, 1, 1.
Cayo, *Comm.*, III, 25, 41.
(2) Boezio, *De consolatione*, III.
Saredo, *Procedura civile*, tomo I, núm. 32.
(3) Borgnini, *Relazione* cit., pág. 22.

la restauración de un derecho público interno pulverizado por la poderosa ley del progreso.

Estimamos a los pretores mártires del deber, obligados a menudo a llevar por largos años vida de privaciones y de dolores morales, pero ante todo la verdad.

Mucho se ha escrito sobre este juez y bastante se ha aumentado su competencia.

Limitado a las contravenciones de policía, en un principio tenía un carácter esencialmente municipal. Se substrae por el progreso del tiempo de toda dependencia local; es confiada, como cualquiera otra jurisdicción, a magistrados del Estado, y su competencia penal, a la par que la civil, se amplía y crece en importancia con la adición de una parte de la jurisdicción correccional (1).

Sabido es que, por el Código de procedimiento penal de 1859, los jueces de mandamiento no podían imponer pena mayor a cinco días de arresto, que constituían el límite máximo de las penas de policía; sabido es igualmente que en 1863 y 1864 se discutió en el Senado el proyecto de ley presentado por el Ministro Guardasellos Pisanelli, aumentando la competencia de los pretores a seis meses de cárcel y a mil liras de multa; pero después de las observaciones de aquel alto Cuerpo se acordó extenderla sólo a tres meses de cárcel y trescientas liras; sabido es que este proyecto fue agregado al tercero de la ley para la unificación legislativa del reino, de 2 de Abril de 1865, y que fue después trasladado al Código de procedimiento penal vigente con la adición del art. 346, que prescribe puedan los pretores, en los casos de remi-

(1) Borsani e Casorati, ob. cit, § 1.959.

sión por la Cámara del Consejo, debido a concurrir circunstancias atenuantes, imponer cárcel, confinamiento, destierro local hasta seis meses y multa hasta seiscientas liras.

Sábese también que por la ley de 30 de Junio del año 1876 el pretor tiene una muy delicada tarea; en el art. 197 le difiere un poder extraordinario y de carácter excepcional, pues el ejercicio del mismo no está vinculado en las ordinarias garantías de nuestro sistemal procesal, que son especialmente la colegialidad y la intervención del Ministerio público (1).

X

El ilustre Procurador general de la Corte de casación de Roma, De Falco, hoy Ministro Guardasellos, para conservar las garantías de la justicia y hacer más rápido y menos dispendioso el planteamiento; para armonizar el principio de colegialidad y la extensión de la competencia pretorial; para hacer más pronta, más expedita y más rápida la justicia correccional, propuso la creación de una nueva especie de Tribunales denominados *Tribunales de pretura*, compuestos de tres pretores de residencia próxima, los cuales, cinco días consecutivos cada mes, y en los casos de urgencia y de necesidad inmediatamente y

(1) Legislación española.—«Las funciones de los jueces municipales según nuestra legislación, en Italia se encomiendan a los pretores.

»Los jueces municipales conocen en primera instancia de las faltas y pueden comenzar a instruir las primeras diligencias del sumario; y practicadas que sean las más urgentes y todas las que el juez de instrucción le hubiere prevenido, le remitirá la causa, que nunca podrá retener más de tres días.» —Art. 307 de la ley de Enjuiciamiento criminal.

por tiempo más largo, se habrían de reunir en la pretura designada por capital, donde ejercerían sobre tres o más mandamientos comprendidos en el territorio del mismo Tribunal civil y correccional, la jurisdicción a éste delegada, que era juzgar en primera instancia de cualquiera especie de delitos, menos los atribuídos a las Cortes de Asisas y los de imprenta, y en grado de apelación de las sentencias de contravenciones pronunciadas por los pretores de la jurisdicción del Tribunal de pretura más próximo. Contra las sentencias dadas en primer grado por estos nuevos Tribunales, admitía la apelación a los Tribunales civiles y correccionales, en cuyo territorio se encontrarán situados; y para los delitos cometidos por medio de la imprenta de la competencia de los Tribunales correccionales, se concedía igual recurso ante la Corte de apelación.

Por la interrupción de las tareas parlamentarias y el cambio político ocurrido, no prosperó.

Desde que se publicó el proyecto De Falco no participamos de sus ideas: nos ha desagradado.

Aparte de no ser digno lleve el magistrado vida de gitano, reuniéndose todos los meses cinco días o más en caso de urgencia y de necesidad en la pretura de la capital, creemos no se obtienen las garantías debidas. La cuestión es ésta: ¿es justo extender la jurisdicción de los pretores a todos los delitos? No basta la apariencia de colegialidad, pues es ley innegable que cantidades negativas dan siempre un resultado negativo.

El sistema de De Falco está tomado de Inglaterra; pero entre nosotros no puede suceder lo mismo. Tienen los ingleses otras costumbres, otras tradiciones, pocos negocios judiciales; la justicia se administra

dos veces al año por jueces que con gran aparato y séquito recorren todos los Departamentos.

Entre nosotros, por la índole de los habitantes, por el clima, que los hace fáciles al delito, la justicia es menester sea permanente.

Es una verdad sociológica muy conocida.

Por lo demás, el mismo sistema inglés los publicistas nacionales le critican; y si defienden con celo el *habeas corpus*, el Jurado y la publicidad de los juicios, no quieren jueces ambulantes; desean en todas partes magistrados permanentes.

Se propuso De Falco hacer la justicia más rápida y menos dispendiosa; pero esta sencillez, celeridad y economía de gastos no se pueden obtener: debiendo ir los pretores y los testigos a la pretura designada por capital, a éstos y a aquellos habrán de pagarse indemnizaciones de viajes; desaparece, pues, la economía y las supuestas ventajas de celeridad y de justicia local.

Se reduciría todo a cuestión de nombre: a llamar Tribunal de pretura el que se llama Tribunal correccional; pero sin las garantías de éste y con la violación de la ley fundamental del Estado, porque la justicia sería administrada por jueces amovibles.

Por último, el proyecto del ilustre jurisconsulto causaría daño a otros ramos del servicio público, porque el continuo apartamiento de los pretores de sus propias atribuciones retardaría el despacho de los asuntos civiles y mucho más el cumplimiento de otros gravísimos deberes burocráticos que tienen los pretores. No basta la asistencia del vicepretor no retribuído: le distraen otros cuidados y otras ocupaciones.

Murió al nacer; no nació viable.

El docto publicista vuelto al Ministerio de Justi-

cia, al presentar en la sesión del 30 de Noviembre de 1871 un nuevo proyecto de ley, no insiste en sus primeras ideas, pues sin dar a los pretores todo lo correccional, propone aumentar mucho, no como jurisdicción propia, sino en virtud de jurisdicción delegada por la Cámara del Consejo, su competencia penal, extendiéndola hasta quinientas liras de multa, dos años de cárcel o destierro local, y hasta doscientas liras de multa para ciertos delitos fáciles de indagar, substrayendo a su jurisdicción los delitos contra los derechos constitucionales, los cometidos por oficiales públicos o contra los mismos en el ejercicio de sus funciones, los de los Ministros de cultos, las falsedades, la vagancia, los delitos contra la propiedad literaria, los delitos contra el estado de las personas, el homicidio, la exposición de niños, duelos y otros delitos de este género.

El oficio central del Senado, en su relación del 10 de Abril de 1872, siendo ponente Vacca, bien que aprobase en general el aumento de la jurisdicción penal de los pretores, no aceptó el modo de plantearlo; en la sesión de 10 de Febrero de 1875 el Senado le aprobó, modificándole y procediendo por extensas categorías, antes que por enumeración de casos especiales; prefirió, en vez de ampliar un poco la competencia de los pretores, atribuirle indistintamente el conocimiento de cualquier delito penado con quinientas liras de multa o con seis meses de cárcel, confinamiento o destierro local.

Votado este proyecto por el Senado y presentado al Congreso por el Ministro De Falco con la correspondiente relación del 7 de Marzo de 1873, no fue sancionado.

El proyecto del ilustre y llorado Raeli, presenta-

do en 1870, limitóse a proponer conocieran los pretores de los delitos penados con cárcel, confinamiento y destierro local hasta seis meses o con multa no superior a mil liras.

La Comisión del Congreso encargada de examinarlo, en su relación del 20 de Junio de 1870, ponente De Filippo, siguiendo el sistema del juez único y el de Tribunales de pretura conforme el proyecto De Falco, indicó extensión de la competencia de los pretores; pero la segunda relación no pudo ser redactada.

En el Poder la Izquierda, el insigne Mancini, en la sesión del 13 de Junio de 1877, prometió presentar un proyecto especial reorganizando la justicia correccional; pero no fue impreso por la clausura de las sesiones y la caída del Ministerio. Los principios que informaban el proyecto eran los siguientes:

Ensayar en algunos pequeños Tribunales el juez único. La jurisdicción penal, Tribunales correccionales mandamentales, los cuales, sin contener una verdadera y franca aplicación del Jurado, constituirían colegios mixtos de elementos judiciales y elementos extraños a la magistratura, casi en la forma de Tribunales scabinales, presidentes y jueces de derecho ambulantes para convocar y presidir el Tribunal mixto, con dos scabinos o *probi homines* sacados a la suerte; habiendo libre facultad de recusación en la lista mandamental, formada cada año por consejeros comunales y por la autoridad judicial.

Otro proyecto desgraciado. La reproducción del juez único, el scabinato y la magistratura ambulante. Hemos demostrado que tanto bajo el aspecto jurídico como desde el punto de vista económico, el juez único significa retroceso, significa oligarquía judicial.

El scabinato no nos ha parecido jamás institución jurídica seria. El hombre de ciencia, el magistrado absorbe al scabino, un pobre hombre, que, cualquiera que sea su instrucción, no puede hacer más que el papel de inocente, de idiota; es imposible luche con la dialéctica apremiante del hombre de ley, educado en la apreciación de la prueba y provisto de estudios técnicos. En Italia no ha prevalecido el scabinato (1).

La justicia ambulante no es admisible.

El poder judicial no vive más que del prestigio, y este elemento moral se aminora, si no se pierde, con la organización del ilustre hombre de Estado. Bacon decía que los sistemas ideales se parecen a las estrellas, que por estar demasiado altas no pueden dar luz.

Caído Mancini, subió al Poder el honorable Tajani y presentó un proyecto de ley de reforma judicial. En el art. 6.° prescribe se confíen las funciones de los pretores, comprendido el urbano, a los jueces de Tribunal, en comisión: extiende la competencia pretorial a las materias civiles; en lo penal se les atribuye competencia para juzgar todos los delitos, excepto los indicados en el art. 9.° del Código de procedimiento penal, y de todas las causas remitidas a juicio correccional por la corte, Sección de acusación, en virtud del art. 440 del Código de procedimiento penal y por el juez instructor. Este proyecto, impreso en 1879, no pudo ser presentado a las Cámaras por haber sobrevenido un cambio de Ministerio.

Sucedieron al Ministro Guardasellos Tajani otras ilustraciones de la ciencia jurídica: Zanardelli y Pessina. Ninguno de los dos tuvo tiempo de madurar

(1) G. Abignente: *Elementi della storia del diritto in Italia*, arte I, cap. XI, pág. 119.

un proyecto de ley sobre materia tan delicada e importante. Lo prometieron; pero un proyecto de ley de esta especie no se puede improvisar. Es necesario estudios serios, meditaciones profundas y tiempo.

Bajo el Ministerio de un ilustre sardo, Ferracciú, se escribe por el honorable De Renzis una docta relación sobre un proyecto de ley de reforma judicial, en el cual la Comisión creyó resolver las graves cuestiones suscitadas con el bisturí anatómico, esto es, proponiendo la supresión total de la pretura, y, según costumbre, reproduciendo el sistema del juez único.

El sabio y venerable hombre que ocupaba el Ministerio de Gracia y Justicia no profesaba estas ideas.

El Ministerio Savelli fue muy breve.

Vuelto por segunda vez al Ministerio de Gracia y Justicia el ilustre magistrado y docto jurisconsulto Tajani, con la tenacidad que le distingue, ha ya sometido a examen del Consejo de Ministros un proyecto que nosotros no hemos podido leer más que en los periódicos, los cuales no siempre exponen con exactitud las ideas.

Deseamos al insigne publicista que, bajo su administración, sea de una vez resuelto el arduo problema.

No sólo los Ministros Guardasellos, sino también los diputados, valiéndose de la iniciativa parlamentaria, formularon propuestas directas a fin de extender la competencia de los pretores. Los honorables Martelli y Bizzozero en 1878 presentaron sobre este asunto a la Cámara de los diputados una proposición de ley, tomada en consideración en 4 de Abril del año 1878 (1).

(1) Atti della Camera dei deputati. Sesión de 1878, número 22.

Entre otras reformas radicales, una era la supresión de las preturas, de los Tribunales civiles, correccionales y de comercio, y en su lugar la creación en los mismos puntos de preturas con igual jurisdicción territorial que los Tribunales civiles y correccionales. ¡Aberración! ¡La administración de justicia feudataria del interés financiero!

Los diversos proyectos enumerados han encontrado viva oposición en el Parlamento.

Enemigos del juez único, defensores del juez colegiado, opinamos que ningún Ministro ha sabido conciliar los derechos del Estado con los del individuo, la tutela jurídica y la libertad individual, la economía en los juicios y la celeridad, sencillez y justicia de los mismos. Subordinar la administración de justicia a la Hacienda, es injusto: sólo los hombres no educados en la vida práctica pueden sostener el juez único, llámese como se quiera: juez local, pretor o juez en comisión. La experiencia nos ha demostrado que con el juez único la justicia no es regular: es una péndola que oscila entre el terrorismo y la debilidad; o son violados los derechos de la justicia o los del individuo.

Las palabras altisonantes prontitud de la pena, justicia próxima a las poblaciones, procedimientos expeditos, veracidad de los testimonios, no tienen realidad. Hemos tenido siempre el honor de formar parte de la magistratura requirente, y hemos tenido, por consecuencia, ocasión de estudiar la institución, objetivo fijo de nuestros hombres públicos, y estamos convencidos de que el sistema de la unidad judicial significa violación de las garantías constitucionales, atentado a la ley de la evolución social de los Estados.

Las instituciones presentes y futuras jurídico-sociales deben ser informadas por elementos democráticos, y el juez único es concentración de poder, despotismo, que ha ya recorrido su órbita. El magistrado único puede sólo convenir a un Gobierno despótico. El juez único es un cadí o un pachá, dijo Montesquieu (1), y el despotismo es la tumba de la libertad, dejó escrito Mario Pagano. El sistema de Bentham (2) no es propio de los actuales tiempos. Las garantías sociales democráticas, individuales, están en la institución colegial.

El egregio Zuppetta dice: «Menos idealismo y más calor de *raciocinio* (3).

XI

Conocemos que la teoría del publicista inglés Bentham es sostenida por otros: Lerminier (4), Comte (5), Bonjean (6), Rey (7), Odilon-Barrot (8), Mari (9),

---

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, vol. I, pág. 181.

(2) Bentham, *De l'organis. judic.*, vol. III.

(3) L. Zuppetta, *Sei conferenze sul vizio di mente, e sulla oltre territorialitá.*

(4) Lerminier, *Philosophie du droit civ.*, lib. V, chap. IV.

(5) C. Comte, *Considerations sur le pouvoir judiciare*, pág. 65.

(6) Bonjean, *Traité des actions.*

(7) Rey, *Des institutions judiciaires de l'Anglaterre comparées avec celles de la France.*

(8) Odilon-Barrot, *De l'organisation judic. en France. Acte de l'Academie des sciences morales et politiques*, vol. XIV, págs. 47 y siguientes.

(9) Mari, *Relazione sul progetto di legge per la riforma dell' Ordinamento giudiziario.*

Lombroso (1) y Righi (2); pero no ignoramos que otros insignes escritores defienden la colegialidad: Montesquieu (3), Bordeaux (4), Feuerbach (5), Bluntschli (6), Hálmaggi Sándor (7), Macchiavelli (8), Sclopis (9), Carrara (10), Cesarini (11), Mancini (12), Scialoia (13), Pisanelli (14), Mattirolo (15), Tolomei (16), De Falco (17), Ratti (18), Pessina (19) y otros.

Las modernas teorías del juez único, sostenidas por algunos de nuestros hombres de Estado y por un antiguo Ministro Guardasellos francés (20), tienen en contra la ciencia y la legislación, que se han pronunciado hoy a favor de la colegialidad, porque asegura

---

(1) Lombroso, *Sull'incremento del delitto in Italia.*

(2) Righi, *Relazione della comission gia instituita dal Ministro guardasigilli per estudiare alcune proposte di reforma dell'Ordinamento giudiziario.*

(3) Montesquieu, *Esprit des lois*, vol. I, pág. 181.

(4) Bordeaux, *Philosophie de la prov. civ.*, chap XXIII.

(5) Feuerbach, *Considerazioni sopra la publicitá ed oralitá.*

(6) Bluntschli, *Diritto pubblico universale*, vol. I.

(7) Hálmaggi Sándor, ob. cit.

(8) Macchiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, pág. 108.

(9) Sclopis, ob. cit.

(10) Carrara, ob. cit.

(11) Cesarini, *Dell'apello in penale.*

(12) Mancini, ob. cit.

(13) Scialoia, ob. cit.

(14) Pisanelli, ob. cit.

(15) Mattirolo, *Elementi di diritto giudiziario italiano.*

(16) Tolomei, ob. cit.

(17) De Falco, *Discorso inaugurale*, 1884.

(18) Ratti, *Trattato delle giurisdizioni e del procedimiento penale.*

Ratti, *In torno alla riforma dell'Ordinamento giudiziario.*

(19) Pessina, *Ministro guardasigilli. Discorsi sul bilancio di previsione del Ministero di Grazia e Giustizia*, 1885.

(20) Cazot, *Progetto di legge sulla riforma della magistratura.*

una mayor copia de conocimientos; promueve entre los juzgadores la discusión, poderoso medio de alcanzar el descubrimiento de la verdad; ayuda a refrenar el arbitrio de la autoridad judicial, y hace posible el secreto del voto, constituyendo en esta forma una sólida garantía de independencia del juez.

En vez de recordar las instituciones romanas, lombardo-venetas y meridionales; en vez de amar las instituciones judiciales inglesas, después de todo no muy envidiables, imítese la más sabia y más fuerte nación de Europa, el Imperio alemán, que en el Código de procedimiento penal de 1.° de Febrero de 1877 ha adoptado el sistema colegial (1).

Nosotros, cuanto han podido nuestras débiles fuerzas, siempre lo hemos sostenido en los discursos inaugurales (2).

XII

Las esenciales funciones del magistrado en lo penal se reducen a la acción, a la instrucción y al juicio, las cuales se encuentran constituídas y representadas por tres grandes órganos, solidarios en su fin, correlativos en el obrar, independientes en la esfera de su actividad propia: Ministerio público, juez instructor y Tribunal juzgador.

---

(1) Cesarini, ob. cit.
(2) Manduca, *Relazione statistica del* 1879.
Idem, *id. id. del* 1880.
Idem, *id. id. del* 1882.
Idem, *id. id. del* 1885.

Hemos expuesto nuestras ideas acerca del pretor, considerado desde el aspecto de jurisdicción instructoria. Continuando el estudio de esta jurisdicción, hablaremos del juez instructor.

Importantes son las cuestiones que se suscitan sobre esta institución jurídica tan bien descrita por Canonico. Dice: «La actividad del juez instructor, inspirada principalmente en el interés general de la sociedad y en la necesidad de defender el orden, no se detiene ante el domicilio privado, el derecho de propiedad, los secretos de la familia, la libertad individual, el sagrado silencio del sepulcro; por todas partes penetra, por todas partes busca, por todas partes inquiere, a fin de reunir las pruebas del hecho que investiga y apoderarse, si es necesario, de sus autores, y este derecho le da además el poder coercitivo de hacer ejecutar los actos que debe llevar a cabo por propio oficio» (1).

Acerca de ella se deben examinar interesantes opiniones. Una escuela quiere la supresión de la instrucción preparatoria, confiando la tarea de reunir las pruebas para la acusación al Ministerio público, y las de la defensa al inculpado, siendo el magistrado el que las aprecie y dirima los eventuales conflictos entre las partes.

Stemann (2), Odilon-Barrot (3), Keller (4), Prins y

---

(1) Canonico, *Del giudizio penale*, pág. 309.

(2) Stemann, *Goltdammeris Archiv. für preussisches Strafrecht.*

(3) Odilon-Barrot, *De l'organisation judic. en France. Actes de l'Académie des sciences morales et politiques*, vol. XCV, páginas 47 y 325.

(4) Keller, *Die Staatsanwoltschaft in Deutschland.* Viena, 1886, § 266.

Pergamei (1), Bonnier, Ortolan (2), Borsani y Casorati (3), la defienden.

También es profesada esta doctrina por el antiguo Ministro Guardasellos Villa (4).

Reconocemos que siendo atribución exclusíva del Ministerio público el promover la acción penal y seguirla atentamente en todas las fases del proceso hasta su terminación, debe ser libre, teniendo el derecho de no ejercitarla cuando en el hecho denunciado no descubre los factores que constituyen el delito (5), y es ilógico que su independencia esté subordinada a otro magistrado de distinta jurisdicción instructoria. Opinamos, como Luccini, hay aquí confusión entre la instrucción y la imputación, entre la policía y el poder judicial, entre acción penal y acusación (6); hay confusión y contradicción de poderes.

No dudo que según las reglas fundamentales en las cuales está basada la teoría de los procedimientos penales, el sistema más lógico es el acusatorio, en el que la acusación pertenece íntegramente al acusador y sabemos que hacia él tiende la legislación italiana.

El derecho del Ministerio público de abstenerse del ejercicio de la acción penal si no encuentra en el

(1) Prins et Pergamei, *Reforme de l'instruction préparatoire en Belgique*. París, 1871, pág. 166.

(2) Bonnier, Ortolan, *Publicité de l'instruction préparatoire*, páginas 1 a 172.

(3) Borsani e Casorati, ob. cit., § 841 y siguientes, vol. III.

(4) Manduca, *Il progetto di legge su talune riforme giudiziare del Ministro guardasigilli Comm. Villa. Una franca parola. Il Filangieri, Rivista*, etc., anno V, 1880, pág. 281. *Bolletino officiale*, números 28, 29, 30 y 31, anno 1.º

(5) Borsani e Casorati, ob. cit., § 24, vol. I.

(6) Luccini, *Il carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio. Studio.*

hecho denunciado los caracteres del delito (1); el derecho de pedir directamente al Tribunal correccional el castigo del acusado merced a la citación directa, ordinariamente después de haber examinado si el hecho de que tiene conocimiento es o no delito, y remitidas las informaciones practicadas directa o indirectamente por medio de los oficiales de la policía judicial (2); el derecho de promover también la citación directa para los delitos de imprenta mencionados en el núm. 6 del art. 9.° del Código de procedimiento penal; el derecho de llevar, por medio de la citación directísima o instantánea en la hipótesis de flagrancia, al inculpado que se encuentra detenido ante el Tribunal correccional para ser juzgado en el mismo día o en días próximos sucesivos (3); el poder que tiene en los casos de flagrante delito a trasladarse al lugar del mismo y desarrollar el procedimiento ordenando la detención de las personas contra las cuales haya indicios graves y hayan intentado huir o despertado sospecha fundada de querer hacerlo, o sean de las indicadas en la primera parte del artículo 206 (4), interrogar al detenido, examinar los testigos y peritos, proceder a visitas domiciliarias, ocupación del cuerpo del delito, de documentos y otros objetos (5); el derecho de instruir el procedimiento en la hipótesis de crimen flagrante o delito cometido en el interior de una casa, y el cabeza de familia lo pida para comprobarlo (6); el poder de de-

(1) Arts. 42, 43. C. P. P.
(2) Arts. 43, 371. C. P. P.
(3) Art. 453. C. P. P.
(4) Art. 46. C. P. P.
(5) Borsani e Casorati, ob. cit., § 397 y siguientes, vol. II.
(6) Art. 48. C. P. P.

jar en libertad los arrestados por flagrante delito, cuando de los interrogatorios hechos e informaciones practicadas se logre el convencimiento de que procede la libertad (1), muestran la tendencia de nuestra ley de confiar al defensor de la sociedad jurídica, al órgano en el cual se encarna la ley, al Ministerio público, el ejercicio de la acción penal con todas las garantías posibles, procurando armonizar los derechos del Estado y los del individuo, el derecho social y el individual.

Pero a pesar de ser ardientes defensores de aquella institución jurídica a la que pertenecemos desde los primeros pasos en nuestra carrera, no estimamos justo confiarla toda la instrucción preparatoria. Hecha abstracción de que, ocupada como está en el cumplimiento de sus muchos y variados deberes (2), no tendría tiempo; queriendo o sin querer, se aficionaría a su obra. Por esto es necesario un magistrado que valore en el crisol de la crítica los resultados de la instrucción.

El primer Presidente de la Corte de apelación de Lucca opina que el Ministerio público, parte perseguidora, no puede realizar actos de instrucción; de otro modo, haría oficio de magistrado judicial; «es absurdo—dice—y extraño verlo al mismo tiempo promover la acción penal, recoger las pruebas, examinar testigos, interrogar acusados contra el principio que *nemo simul esse potest accusator et judex*» (3).

(1) Arts. 51, 197, modificados por la ley de 30 de Junio de 1876.

Perotta, *Il processo penale*, vol. XI, págs. 154 y siguientes. Borsani e Casorati, ob. cit., § 1.261, vol. III.

(2) V. L. A. Eyssantier, *Sulla riforma della istruzione criminale e della magistratura. Revue practique*, dis. 5-9, tomo XLVI.

(3) Cesarini, ob. cit., § VIII.

Si este derecho se quiere negar al Ministerio público sólo por conjurar prevenciones y parcialidades de que pueden ser informados sus actos, haremos observar que los principios no pueden tener ni prevenciones ni parcialidades; los principios no tienen corazón, son fríos como una demostración algebráica, y el Ministerio público, defensor de la justicia y de la libertad, según Pessina (1), no es más que un principio. Y es de advertir que la ley concede este derecho al Ministerio público en los casos de flagrancia o casi flagrancia, es decir, en algunos momentos dados, en los cuales la comprobación de las primeras huellas del delito es de importancia extrema y los actos instructorios tienen una prevalente influencia en la dirección del proceso. Por lo que creemos no sean la prevención y la parcialidad motivos para privar de esta facultad al Ministerio público. Las mismas causas morales, se podría decir, también concurren en el juez instructor, que tiene la parte deliberativa, después de haber desarrollado en todas sus fases el proceso, después de haberse aficionado, queriendo o sin querer, al resultado de sus trabajos, después que ha recibido impresiones de la inspección de los lugares y de las declaraciones de los testigos.

Si, pues, la posición de los dos magistrados es idéntica, no creemos fundada la teoría de Cesarini; el negar esta facultad al Ministerio público tiene más bien su razón determinante en la variedad y multiplicidad de trabajos que le están confiados que hallan un censor en la opinión pública, «censor muy poderoso»—dice Holtzendorff (2)—, y además en la corte,

(1) Pessina, *Discursos* citados, pág. 49.

(2) Franz von Holzendorff, *Wesen und Werth der Offentlichen Meinung.*

Sección de acusación, una vez se quiere conservar esta institución jurídica, y en el Jurado, que con un lacónico *no* destruye en un solo instante toda la labor del acusador.

Ortolan y Hélie desenvuelven de un modo sintético los motivos de la necesidad de la jurisdicción instructoria. El primero escribe: «Quand les poursuites de l'instruction son terminées, c'est peut-étre une garantie de plus pour la societé et pour la personne poursuivie avant de passer outre et de deferer cette personne au juge investi de droit de punir que de faire decider par une jurisdiction organisée à cet effet, s'il y à lieu ou non à mise en jugement (1)»; y Hélie: «L'un des plus graves interéts de le justice est que les porsuites qu'elle commence n'aboutissent pas à des acquittements qui ne pouvent que affaiblir son autorité» (2).

Esta doctrina autoritaria no justifica la deliberación preventiva; no la justifica ni en interés de la sociedad ni en interés de la libertad individual.

Como todas las instituciones humanas, el Ministerio público, del mismo modo que las demás jurisdicciones instructorias, es falible. Si se confiere al Ministerio público, en circunstancias dadas, un mandato de plena confianza, negárselo en otras no es racional.

Examinaremos más detenidamente esta teoría al estudiar la Cámara del Consejo.

---

(1) Ortolan, *Droit pénal*, núm. 1.941.
(2) Hélie, ob. cit., vol. VI, § 392.

XIII

Juzgamos necesario exista un magistrado independiente e inamovible cual es el juez instructor, pero se deben hacer algunas reformas (1).

Nada decimos en cuanto a los deseos de algunos publicistas que quieren confiar la instrucción de los crímenes al Presidente del Tribunal, por ser poco práctico.

Ante todo, han de borrarse los arts. 43 y 49 de la ley de organización judicial relativos al acto de nombrar anual y revocablemente el Poder ejecutivo, a propuesta de los Presidentes de las Cortes de apelación, un juez para las funciones instructorias.

Si es verdad que en el instructor es necesario mucha inteligencia, perfecta ciencia legal, espíritu sagaz, criterio seguro, estudio filosófico sobre el hombre y sus pasiones, debilidades e ímpetus, conocimientos psicológicos, sociológicos, biológicos, fisiológicos, experiencia de la vida, golpe de vista rápido y gran laboriosidad; estas dotes morales e intelectuales no se pueden adquirir más que con el tiempo, desempeñando no temporalmente aquellas funciones. Un juez instructor no se crea, sino se forma. Valga cuanto se quiera un juez de Tribunal, necesita algún tiempo para que adquiera la aptitud instructoria, tan vital e indispensable en el desarrollo de un proceso: la experiencia nos lo muestra. La misión precaria que hace instable e incierto el oficio, impide se perfeccio-

(1) V. Manduca, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel Circondario del Tribunale civile e correzionale di Reggio Calabrie nell' anno* 1878.

ne la capacidad por el continuo y largo ejercicio; la instabilidad, la incertidumbre, enervan y aniquilan cualquiera buena voluntad. ¿Cómo podría el juez instructor adquirir la experiencia de la cual depende la calma, la seguridad, la solicitud y la buena dirección de sus actos, si la duración de su delegación no se hubiese de prolongar más allá de un año, como lo hace suponer la disposición de la ley, que prescribe se haga anualmente la confirmación o la separación de este magistrado? Cierto es que en realidad el oficio de instructor, de ordinario, es permanente, y forma una institución distinta del Colegio, y tiene una especial individualidad; pero aparte de esta contradicción entre el principio sentado en la ley y el hecho, nosotros condenamos el principio mismo y podemos asegurar que en la práctica acontece frecuentemente cesar al terminarse el año la delegación de algún juez y el nombramiento de otro. Conocemos jueces que por más de diez y seis años han sido confirmados en sus funciones instructorias, y a otros, por el contrario, al fin del año les ha sido revocada la delegación.

No aceptamos en absoluto se empleen adjuntos judiciales en la misión instructoria. ¿Qué se puede esperar de un joven apenas salido de la Universidad? No basta, como he dicho, que el juez instructor posea las nociones legales exigidas a cualquier magistrado: es necesario esté dotado de especial aptitud para las funciones a que es destinado y de una independencia verdadera. ¿Es posible se puedan encontrar en un adjunto judicial la experiencia, el conocimiento personal del corazón humano, el golpe de vista pronto y seguro, calma y energía al mismo tiempo que permita continua meditación, indagaciones y esfuerzos para

hacer luz donde reinan las tinieblas; puede, en una palabra, tener las dotes necesarias de un juez instructor? ¿Puede tener aquella independencia e imparcialidad tan indispensables en un funcionario que está en medio de las contendientes influencias de la acusación y de la defensa? Es locura esperarlo. ¿Se puede esperar esta independencia e imparcialidad de un joven magistrado que comienza su carrera muy larga y espinosa, siguiendo en gran parte el camino que le traza el Ministerio público local, del que debe hacerse opositor y moderador? A un lado el idealismo. Son teorías muy transcendentales que se quiebran en la realidad de la vida. Seamos francos: un joven magistrado no puede tener tanta independencia, tanto valor cívico para oponerse a los deseos, también sugeridos por un principio de justicia del Procurador del Rey; no puede tener todos los estudios que hoy son necesarios en un instructor a la altura de su misión. La psicología, la sociología criminal progresan (1), y, por lo tanto, no se puede esperar de un joven inexperto el desarrollo lógico de un procedimiento. Debemos ser un poco prácticos y abandonar los ideales abstractos.

Teniendo en cuenta la constitución orgánica de la función instructoria, no nos parece justo confiar los nombramientos al Poder ejecutivo. Presenta, a nuestro modo de ver, más garantías la delegación hecha a la autoridad judicial, estimadora de las cualidades necesarias en el elegido y extraña a todos los intereses y preocupaciones. Somos enemigos radicales de

(1) V. Kraff Ebing, *La responsabilità criminale e la capacità civile negli individui affetti da alterazione mentale*, trad. del prof. Raffaele, cap. VI, pág. 127. La Cava Carlo, editore: Napoli.

que pueda hacerse presión sobre los magistrados. El juez instructor no es un simple relator de los procesos penales: su oficio es más importante, porque ejerce un poder independiente del Tribunal, y está, en cierto modo, investido de una verdadera jurisdicción (1).

El juez instructor debe encontrarse en condiciones de poder tener con mano firme la balanza de la Justicia entre la acusación y la defensa, de poder tener igual solicitud por los intereses de la sociedad y por los intereses de los acusados.

Igualmente creemos necesario que el juez instructor sea un Vicepresidente en comisión, por ser menester para contrarrestar la superioridad de grado del Ministerio público. También sería conveniente el aumento de sueldo: las 400 liras de indemnización dadas a un juez por el desempeño del cargo de instructor, no las comprendemos. Si el juez instructor trabaja tramitando procesos y escribiendo ordenanzas, también el juez de Tribunal fatiga su inteligencia y pasa las noches en vela estudiando expedientes civiles. Las 400 liras asignadas al adjunto judicial que desempeña el cargo de juez instructor, es una anomalía. Un magistrado imberbe se encuentra, desde el punto de vista económico, en mejor condición que el magistrado encanecido por el trabajo necesario para llegar al *muy espléndido* puesto de juez de Tribunal. Son anomalías, absurdos con que a menudo se encuentra quien hojea nuestra legislación penal.

Estudiando el organismo jurídico de la institución instructoria, el hombre de ciencia se halla con la in-

(1) Hélie, *Trattato della istruzione criminale*, vol. II, § 312.

teresante cuestión de si el instructor debe o no excluirse de la remisión del imputado al juicio oral.

Muchos escritores, entre ellos Glaser (1), Theil (2), Cesarini (3), Borsani y Casorati (4), quieren la exclusión. Nosotros profesamos la teoría contraria.

La jurisdicción instructoria no debe en ningún caso perjudicar el orden de la competencia. Dada la utilidad de la jurisdicción instructoria, la potestad de formar el proceso y de decidir la acusación no puede encontrarse reunida en el mismo magistrado. Es el motivo determinante de la teoría de la exclusión.

No creemos que el ejercicio de la jurisdicción plena, *vim dicendo crimini,* y de la jurisdicción no plena, *persecutio criminis*, puedan dañar la imparcial administración de Justicia.

No teniendo razón de existir la Cámara del Consejo, como demostraremos, el deliberar después del procedimiento instructorio es del particular dominio del magistrado, que se encuentra en posesión de los hechos todos del sumario. La administración de Justicia no puede en modo alguno sufrir. Hecha abstracción que un magistrado no tiene otro objetivo en el cumplimiento de sus propios deberes que la justicia, una vez que la instrucción de los crímenes se lleva a cabo con la intervención de otro funcionario, como hemos propuesto, esto es, del Presidente del Consejo de Orden o del Presidente del Consejo de Disciplina, o también de algunos de sus individuos, delegado por

(1) Glaser, *Discurso pronunciado en la sesión del Reichsrathg* del 25 de Mayo de 1872.

(2) Theil, *Motivenberichten der Regierung Ausschutzbrechten und Verhanlungen dez Reichsrathes,* pág. 296.

(3) Cesarini, ob. cit., pág. 462.

(4) Borsani e Casorati, ob. cit., § 854, vol. III.

el respectivo Presidente, no es de temer el excesivo celo del instructor. Una ilustre personalidad participa de nuestras ideas (1).

Es menester tener en cuenta, que la remisión no es dictada más que por el concurso de indicios suficientes, que en el juicio oral pueden desaparecer o no ser de tanta importancia que impulse al magistrado a pronunciar un veredicto condenatorio.

Así como no podemos menos de aprobar el proyecto Villa relativo a extender el art. 45 de la ley de Organización judicial a los Tribunales (2), resolviendo de este modo la grave cuestión empeñada en el terreno de la ciencia (3), no somos partidarios de excluir en absoluto al juez instructor de la deliberación de remisión.

Subrogado el juez instructor a la Cámara del Consejo, nos parece justo el derecho del imputado a oponerse a las ordenanzas de remisión. Es oportuno repetir que este derecho estaba negado implícitamente en el art. 135 del Código de instrucción criminal francés de 1808, por la ley francesa de 1866, por el art. 15 de la ley prusiana del 3 de Mayo de 1852, por el reglamento de procedimiento penal de 1867 para los Estados agregados a Prusia, por el reglamento de procedimiento penal de Oldemburgo, por el Código penal alemán del 1.° de Febrero de 1877, por la jurisprudencia de las Cortes (4) y por la ciencia (5).

---

(1) Pessina, *Sommario di lezioni sul procedimento penale italiano.*

(2) Manduca, ob. cit.

(3) Hélie, ob. cit., § 313, vol. II.

(4) Cas. franc. 3 de Septiembre de 1824.—Corte de Lyon, 31 de Enero de 1834.— Corte de Nancy, 3 de Mayo de 1849.— Corte de Nimes, 14 de Febrero de 1853.

(5) Legraverand, pág. 124, tomo I.

Cuando una teoría no está fundada en el elemento lógico y filosófico, apóyese lo que se quiera en el histórico, comparado, doctrinal y positivo, necesariamente muere.

A la verdad, nosotros sostenemos la afirmativa, no basados en el principio expuesto en la ley 41, D. de *Regulis juris, non debet actori licere quod reo non permittitur*, sino fundados en el principio racional de la igualdad de derechos.

El Ministerio público puede oponerse por haber el delito negado la soberanía del derecho y para la reafirmación del derecho violado (1); la parte civil por una razón económica, la responsabilidad pecuniaria derivada del delito (2); el inculpado también apoyado en la libertad individual.

Una consideración distinta entre Ministerio público, la parte civil y el inculpado, es ilógica.

No son fundamentos suficientes del principio contrario, que el inculpado pudiera hacer valer ante el juez decisorio las razones que militaran a su favor, y el abuso que de esta facultad podría hacerse causando frecuentes y perjudiciales dilaciones a la acelerada marcha de los procedimientos penales. Toda diligencia judicial, y con especialidad la remisión a la justicia popular o a la magistratura togada, produce siempre al inculpado un daño, no sólo moral y

---

Carnot, pág. 538, tomo I.
Bourguignon, tomo I, pág. 308.
Rauter, pág. 352, tomo II.
Cesarini, ob. cit., § VII.

(1) «¡Desdichados! si el Ministerio público no tuviera los derechos y los recursos que competen a los mismos justiciables», decía el Ministro Guardasellos Pessina, *Discursos* cit., pág. 26.

(2) V. Cocito, *La parte civile in materia penale.*

económico, sino también una restricción de su libertad. La remisión al juicio deprime la consideración social e indica defensa, y, por lo tanto, gastos, ansias, y en algunos delitos, mandato de captura, arresto, prisión preventiva.

El inculpado que hubiera podido obtener la liberación del proceso en el estado preparatorio, es llevado al debate público bajo el peso de una ordenanza que encierra ya una apreciación desfavorable para su causa; y la incertidumbre, que siempre rodea e éxito de los juicios, hace que por muy valiosas que sean las razones de la defensa, no pueda jamás considerarse seguro un resultado lisonjero. A veces pasa algún tiempo desde la remisión hasta el juicio oral, y el inculpado se encuentra en la cárcel, sufre las molestias de una prisión preventiva; prisión preventiva que bien pudo evitar demostrando al magistrado superior su inocencia y lo erróneo de la ordenanza.

¿Qué importa al inculpado, acordándose la remisión, se dejen sin prejuzgar todas las excepciones y queden ilesos los medios de defensa, que siempre pudo hacer valer previamente al juicio ante el Tribunal, al cual es enviado, siendo para él la ordenanza puramente preparatoria y simplemente indicativa y no atributiva de jurisdicción, si su honor es lastimado y perjudicados sus intereses?

Si los motivos contrarios tuvieran un fundamento racional, todos los organismos de las jurisdicciones instructorias dejarían de tener base sólida. ¿A qué conduce la oficiosa intervención del magistrado en la apreciación de la acusación, si fuese indiferente al inculpado hacer valer los medios de defensa en las diligencias preparatorias o en el juicio definitivo? Es menester ser práctico. ¿El que ha sido educado en la

tramitación de los procedimientos penales, ignora que una vez remitido el inculpado a la corte de Asisas o al Tribunal correccional, son más las probabilidades para la condenación que para la absolución? Seamos francos: el Jurado decide por impresión, puede fácilmente engañarse; el magistrado togado decide fundado, es verdad, en los resultados del debate público, pero sus resoluciones pueden ser también producto de la prevención que en todo individuo hace surgir el acusado.

Desde cualquiera punto de vista nos parece, dado que se concede este recurso al Ministerio público, se debe también conceder al inculpado. La sociedad y el individuo tienen derecho a iguales garantías. Una distinción no sería lógica, sería absurda. Si sagrados son los derechos del Estado para su conservación, sagrados igualmente son los derechos del ciudadano a su libertad individual. *L'Etat n'est qu'un moyen pour la realisation du bien social*, dice Hornung (1). El temor del abuso de esta facultad, alegado por los defensores de la teoría contraria, no merece el honor de ser tenido en cuenta. La justicia debe correr, pero no precipitarse. No es buena la justicia que, por apresurar la terminación de los procesos, pone en peligro los derechos del acusado.

En la administración de justicia el criterio utilitario no es aceptable. Profesamos la opinión de Saluto (2), Pescatore (3), Borsani y Casorati (4), Hélie (5),

(1) I. Hornung. *Civilisés et barbares. Revue de droit internation.*, tomo XVIII, 1885.

(2) Saluto, *Commento al Codice di proc. pen. italiano*, vol. I, pág. 693, § 851.

(3) Pescatore, *Procedura penale*, lib. I, pág. 116.

(4) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. III, § 1.011.

(5) Hélie, ob. cit., vol. II, § 2.930.

de que el acusado debe tener el derecho de oponerse a la ordenanza de remisión del juez instructor. El principio consignado en el art. 17 del proyecto de ley presentado a la Cámara de Diputados por el ex Ministro Guardasellos Villa, no puede ser admitido por la ciencia.

Si en el examen del organismo jurídico de la institución juez instructor, hemos demostrado la necesidad, la utilidad, los derechos y los deberes del juez instructor, la Cámara del Consejo, como jurisdicción instructoria, ¿tiene razón de existir? Creemos que no.

XIV

Hemos juzgado siempre inútil la Cámara del Consejo. Repugna a la índole del conflicto judicial. Habiendo la ley creado una magistratura especial para las acusaciones penales, en donde la gravedad del cargo fuese igual a la sabiduría del funcionario y a los deberes la responsabilidad, no es racional la existencia de una institución jurídica, a cuya fiscalización se deba subordinar el ejercicio de la acción pública. «Mirad cuanto os plazca los sagrados recintos donde la ley penal toma vida y movimiento, y no descubriréis otra figura fuera de éstas: acusador, acusado y juez», dice Casorati (1).

La práctica nos ha enseñado que la teoría, no hay que forjarse ilusiones, vive en las altas regiones de la abstracción; y para que sea una fuerza activa en las contingencias de la vida social, es menester se acomode a la inexorable realidad de los medios y de

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., § 842, vol. III.

las circunstancias. Es innegable: la jurisdicción instructoria, agobiada por el número y gravedad de los negocios, no puede llenar su misión. La Cámara del Consejo está compuesta de jueces que, ocupados al mismo tiempo por otros muy importantes deberes y a menudo en el extraordinario servicio de instrucción, son obligados a suspender sus trabajos, dejar el gabinete de estudio, redacción de sentencias, despacho de voluminosos expedientes o autos de jurisdicción voluntaria, o comenzados exámenes de testigos ya otras veces suspendidos.

Los muchos trabajos que están obligados a realizar, la angustia del tiempo, hacen ilusoria la alabada garantía de la Cámara del Consejo.

La experiencia enseña que la Cámara del Consejo es una ironía; no es una garantía ni para la sociedad ni para el individuo. «El derecho del Estado, la libertad individual, la justicia, en una palabra, no obtienen beneficio alguno con esta institución jurídica que, por el contrario, es un obstáculo al rápido desarrollo del procedimiento penal y una complicación en su tramitación (1), y daña más que garantiza la suerte del acusado»,—decía el Ministro Guardasellos Pessina (2).

Villa, en su relación ministerial, decía: «La Cámara del Consejo, en los negocios penales instituída para atender a los procedimientos, amparar la libertad civil y hacer de este modo más respetados los juicios, se ha mostrado en su práctico desarrollo inadecuada para cumplir estos fines y es causa de daños

(1) Borsani e Casorati, ob. cit.
La Francesca, *Relazione statistica*, 1886.
(2) Pessina, *Discursos* citados, pág. 18.

antes que de ventajas para los inculpados y para la sociedad» (1).

Esta jurisdicción instructoria es siempre motivo de complicaciones que prolongan el período preparatorio del juicio en detrimento de la libertad individual.

XV

Sin descender al examen de la delicada cuestión histórica de si esta jurisdicción es o no una creación moderna salida de las ruinas de la civilización romana (2), no se puede negar remóntase a la gran Carta inglesa y se funda en el principio allí consignado, que ningún hombre libre pueda ser preso o condenado sino por juicio de sus iguales; de aquí la constitución del gran Jurado o jurado de acusación, bien que haya recibido su organización más tarde en los Estatutos de Eduardo (3) y haya sido llamada en los primeros tiempos a inspeccionar toda la administración local, la conducta de los magistrados, las cárceles, los caminos, los puentes, el curso de los ríos, en fin, todos los abusos de la gestión pública: ahora está limitada a las acusaciones penales (4).

La ordenanza de 1670 en Francia, si no es el ger-

---

(1) Manduca, ob. cit., § IX.

(2) V. *Relación ministerial, Bolletino officiale,* número 30, anno I.

V. Ministro Guardasellos Villa, *Relazione ministeriale sul progetto di riforma al processo penale.*

(3) Hélie, ob. cit., § 393.

Borsani e Casorati, ob. cit., § 857, vol. III.

(4) Borsani e Casorati, ob. cit., § 858, vol. III.

men de la Cámara del Consejo, es un recuerdo histórico, en el cual la Francia republicana ha podido encarnar el pensamiento de una magistratura enteramente nueva que la librase del Jurado de acusación (1).

El gran Jurado en Francia con la ley 16 (29 de Septiembre de 1791), modificado por la ley del 7 de pluvioso, año 9.°: «Habiendo salido mal la prueba, la Cámara del Consejo substituyó al Jurado de acusación».

En 17 de Julio de 1856 fue abolida y sus atribuciones propias se transfirieron a los jueces instructores. A la ley de 17 de Julio de 1856 sigue la de 14 de Julio de 1865, que introduce muchas y liberales innovaciones en el procedimiento penal; no alterando nada las jurisdicciones instructorias, continúa suprimida la Cámara del Consejo. Restablecida con distintas funciones por el proyecto de reforma del Código de instrucción criminal, que después de examinado por una Comisión de jurisconsultos nombrada en 1878 por el Ministro Guardasellos Dufoure, fue presentado al Parlamento francés por el Ministro Guardasellos L. Royer (2).

En las modernas legislaciones de los varios Estados alemanes; en la ley de procedimiento penal de 25 de Junio de 1867 para los Estados agregados a la Prusia; en el proyecto de ley de procedimiento para el Imperio germánico, ha prevalecido la Cámara del Consejo (3).

En Italia la Cámara del Consejo está informada

(1) Borsani e Casorati. ob. cit., § 858, vol. III.

(2) *Projet de loi tendant à réformer le code d'istrunc. crim.*, artículos 144 y 150.

(3) Borsani e Casorati, ob. cit., § 858, vol. III.

por la Revolución francesa y los Códigos franceses. El legislador subalpino, que en 1847 había instituído la Cámara del Consejo, en el Código de 1859, después extendido a todo el reino de Italia, la abolió, defiriendo, como la ley de 1856 en Francia, sus atribuciones al juez instructor. El Código de procedimiento penal de 1865 lo restableció, concediéndole nuevas facultades.

Los últimos proyectos de los Ministros Guardasellos Tajani y Villa suprimen la Cámara del Consejo, substituyéndola con el juez instructor, conforme al voto del primer Congreso jurídico reunido en Roma en 1872 (1).

Esta instabilidad, este continuo crear y destruir, denota claramente que el pensamiento del legislador vaga en la incertidumbre, y al propio tiempo lo poco racional de la institución.

Sostenemos que los dos principios fundamentales del procedimiento penal, justicia rápida e ilustrada, no se compenetran en la Cámara del Consejo.

La celeridad no se obtiene, porque la Cámara del Consejo es opuesta al más pronto despacho de los procesos; la justicia ilustrada es una utopia, porque es imposible que los jueces que la componen, por la simple relación del juez instructor, puedan encontrarse en condiciones de pronunciar una resolución concienzuda, de ahí que: fiándose en él, se acabe siempre por adoptar sistemáticamente sus ideas, que la mayor parte de las veces son el eco de las ideas del Ministerio público. Estas son las enseñanzas de la experiencia, que no debiera olvidar el legislador.

---

(1) V. *Atti del primo Congreso giuridico italiano*, vol. II, página 874.

La Cámara del Consejo tiene por necesario efecto multiplicar las formalidades del procedimiento, retardar el momento del juicio y prolongar la prisión del inculpado: es una superfetación, es una institución inútil y dañosa a la justicia, y, en consecuencia, debe suprimirse (1), porque, como dice un ilustre magistrado, la justicia social, cuando es tardía, es infecunda (2) (3).

XVI

Antes de desenvolver nuestras ideas sobre la Sección de acusación como jurisdicción instructoria, deben decirse algunas palabras sobre el ministerio público, considerado no como jurisdicción instructoria que indique competencia para dar resoluciones durante el sumario y después de terminado, sino como una institución que en algunos casos especiales es llamada por la ley vigente a ejercitar funciones instructorias.

---

(1) V. Ratti, ob. cit., § IX.
Pessina, *Discursos* citados.
(2) Miraglia, *Discorso inaugurale alla Corte di Trani*, 1882.
(3) Legislación española. — No se conoce la Cámara del Consejo. Concluído el sumario, remite el juez instructor los autos a la Audiencia de lo criminal y ésta confirma o no el auto declarando terminado el sumario; si lo confirma, manda traer la causa a la vista con citación del Ministerio fiscal y del procurador del querellante particular, si lo hubiere, y dentro de los tres días siguientes al de la vista dictará auto mandando abrir el juicio oral o sobreseyendo. *Ley de Enjuiciamiento criminal,* artículos 622 y siguientes.

XVII

El estudio del Ministerio público es, entre nosotros, una de las cuestiones más interesantes. Esta institución ha sido objeto, *ora de inmensa envidia, ora de indomable amor*. Enemigos fierísimos le han inferido los mayores ultrajes, dice un ilustre magistrado (1).

Como la cuestión social tiene su socialismo, comunismo e internacionalismo; la responsabilidad humana su determinismo, fatalismo y naturalismo; el Estado su liberalismo y ultramontanismo; el Ministerio público tiene su lirismo, colectivismo y radicalismo. Algún publicista no apreciable, en el que la melancolía y la hipocondría despertó la manía persecutoria, como diría Krafft-Ebing (2); algún mal escribiente, como diría Carducci, desconociendo la explicación histórica, racional y sociológica de esta institución, pide también su abolición en materia penal. «¡Aspiración absurda y nihilista! Ilusión soberbia», diremos con Herbert Spencer (3), producto de *la necesidad de hacer algo,* que hace cometer tanta tontería a los hombres y a las naciones.

La abolición del Ministerio público en los juicios penales es una teoría condenada por la historia del derecho, por la ciencia, por la moderna sociología y por la legislación comparada. El modo de desenvolver la cuestión los furiosos abolicionistas, muestra

(1) La Francesca, *Del Pubblico Ministero nell'ordine gidiuziale,* pág. 7.

(2) Krafft-Ebing, *La responsabilitá criminale e la capacitá civile.*

(3) H. Spencer, *Contemporany Review.*

son impulsados por la pasión, por la ira, por el rencor, por el odio. «Queriendo tales reformadores destruirnos, es una lástima, dice La Francesca (1), pierdan la cabeza por substituirlo y no sepan decir cómo. Iguales a los locos, tienen fuerza para destruir y son impotentes para edificar».

Algunos que denominaremos líricos, como Pianciani (2) y Bortolucci (3), para hacer libre e independiente la acción de la justicia de la perniciosa inspección del Ministerio público, desearían confiarlo al Prefecto, *órgano verdadero del Poder ejecutivo en las provincias: apenados de ver la acción gubernativa dividida, embarazada e impotente para el bien.*

No faltaría otra cosa: los prefectos y los delegados de la seguridad pública y sus dependientes tener intervención en los juicios y en la magistratura, como en los *dichosos* tiempos de los antiguos Gobiernos. Extraña teoría, hija de cerebros enfermos. El principio de la división de los poderes, fruto de los tiempos nuevos, destruído. Nuestro derecho público interno burlado. El proyecto de Pianciani nos haría volver a la época en la que los legados o delegados Pontificios dominaban. Teoría extraña y liberticida, exclama Tartufari (4). La humanidad camina hacia adelante y no hacia atrás.

Los radicales son más lógicos. Prescindiendo del proceso histórico de la humanidad, no cuidándose del desenvolvimiento histórico, nacional y social de la

(1) La Francesca, ob. cit., pág. 18.

(2) Tartufari, *Il pubblico Ministero in reggimento libero e civile*, pág. 84.

(3) Bortolucci, *La nuova riforma giudiziaria in Italia.*
Idem *Cassazione o Terza istanza*, págs. 83 y 90.

(4) Tartufari, ob. cit., pág. 84.

institución; olvidando que hoy todas las naciones acogen amigablemente al Ministerio público, fingiendo ignorar su evolución científica y haber sido defendida por la mayor parte de los publicistas, como basada en la naturaleza del Estado, negando el principio de que cuando una institución contradice las costumbres y no es espontánea expresión de la vida, por artificio o violencia que se emplee, no prospera ni madura, blasfemando de la justicia, como los anarquistas de París, que en sus orgías gritaban, embriagados: ¡abajo toda forma de Gobierno!, y furiosos cantaban himnos a la delincuencia, quieren la desaparición de la majestuosa figura del Ministerio público, fuerza pura y exenta de toda pasión, llena de alta moralidad, de continuo atenta, con viva y animosa vigilancia, a la tutela de las leyes y común libertad (1); respetada por el tiempo y las revoluciones, que causaron la ruina de tantas leyes y de tantos órdenes, no la conmovieron, y en el gran movimiento de libertad que hoy fatiga los pueblos se mantuvo derecha y firme.

Al decir nosotros que los abolicionistas se encuentran bajo la presión de una moral embriaguez, no es figura retórica, porque ¿cómo se pueden concebir en hombres de serena inteligencia tantos errores históricos, filosóficos y sociales? ¿Cómo se puede legitimar pasar tan de ligero sobre todos los recuerdos históricos, sobre todos los principios de razón social, de política y social evolución?

No es lirismo el nuestro, es positivismo.

---

(1) La Francesca, ob. cit., pág. 43.
Tartufari, ob. cit., págs. 128 y siguientes.
Véase nuestro trabajo *Il Codice civ. e la scienza del diritto.* Estudio V.

Si nos fuera lícito presentar brevemente la historia del Ministerio público, demostraríamos que en todo Estado civil, con un hombre o con otro, con funciones públicas o como simple particular, ha habido siempre en los juicios quien promoviese la acción de la justicia. No tendría el nombre, pero era la cosa que los vocablos no mudan. Es una verdad que la historia del derecho y la ciencia de la legislación comparada prueban (1). En la evolución histórica del derecho, en el lento y fatal camino de la humanidad—como dice el ilustre Carrara—aparece siempre la austera figura del intrépido y egregio representante de la ley (2).

Según el derecho ático, un ciudadano sostenía la acusación, cuya inquisición era llevada ante los Eliastas (3).

Todo ciudadano romano tenía el derecho de presentar la acusación; pero cuando Roma se hizo la ciudad de infames delatores que, causando la ruina de íntegros ciudadanos, adquirían honores y riquezas; cuando el romano se adormeció en una indolencia egoísta y cesó de consagrarse a las acusaciones públicas, la sociedad tuvo necesidad de un medio para defenderse, y de aquí nace el procedimiento de oficio, que comprende el primer germen del Ministe-

---

(1) Niebuhr, *R. Ges.*
Gibbon, *History of the decline and fall'of the roman empire.*
Savigny, *Storia del diritto romano nel medio Evo.*
La Francesca, ob. cit.
Tartufari, ob. cit.
Manduca, *Il Pubblico Ministero ed il reggime reppresentativo. Discorso inaugurale,* 1874.
(2) Carrara, *Pensieri sulla giuria.*
(3) Hélie, ob cit.

rio público en la antigua Roma, representando la más alta conciencia del derecho; toma luego mayor incremento con la creación de los *curiosi* y *stazionarii* en el cuarto siglo (1), con la misión judicial dada a los Obispos por el Emperador Justino en el siglo VI y en los *auctores fisci* y en los *saions*. La Roma imperial tuvo los *procuratores Caesaris* (2), que si bien en el primer período fueron una especie de administradores de los bienes del Príncipe, *rationales* (3), en el último adquirieron una importancia administrativa y judicial tal, que tuvieron el derecho de juzgar las cuestiones en que estaba interesado el fisco (4). El procedimiento de oficio, nacido en la jurisprudencia romana, conteniendo el germen del Ministerio públi-

---

(1) L. 6, § 2, *De minoribus*, L. 4.
L. 22, D. *De quæst.*, XLVIII, 18.
LL. 3, 13, *De Off. presidis*, I, 18.
L. 4, D. *ad leg. Jul. peculatus*, XLVIII, 13.
L. 7, Cód. *De Acusation.*, XLVIII, 2.
L. 5, Cód. *De delatoribus*.
Cód. Theod., L. 1, *De custodia rearum*, XLVIII.
L. 1, Cód. IX, 4.
Cód. Theod., *De agentibus in rebus*, VI, 27.
L. 1, Cód. Theod., *De curiosis*, VI, 29.
A. Thierry, *Revue de legislation*, 1843, 1, 2, pág. 740.
Spangenberg, *Introduzione ai libri di diritto romano giustinianeo*.
Hélie, ob. cit., § 29.
Pessina, *Sommario de lezioni sul procedimento penal*, lección 11.
Tartufari, ob. cit.
(2) Cód. Just., 1, 3, tomo XXVI.
Cód. Theod., *De advocatis fisci*, 11, 9.
(3) D. *De Off. procuratoris Cœsaris, vel relationis*, 1, 19.
Savigny, *Histoire du Droit romain*.
(4) Cód. Theod., *De advocatis fisci*, X, 15.
Cód. Just., *De advocatis fisci*, XI, 9.

co, se encuentra de nuevo en las jurisdicciones ejercidas por los condes y justicias señoriales (1).

Aparece el Ministerio público en el siglo tercero con el procedimiento de oficio, desenvuelto en el catorce, quince y diez y seis con la Ordenanza de 1301 de Felipe *el Hermoso* (2), con la de Julio de 1493 de Carlos VIII (3) y 1498 de Luis XII (4), y con las de Agosto de 1522, Noviembre de 1553 y Mayo de 1586, adquirió su mayor desarrollo bajo el Imperio de la Ordenanza de 1670 y de la Ley del 7 de Pluvioso, año 9, votada por la Asamblea constituyente (5).

Los abogados del común en la República de Venecia, siglos décimo y duodécimo, que ventilaban las causas en la *Quarantia criminale*, y los *Conservatori di legge* en la República florentina, hacían vislumbrar el concepto interno del Ministerio público (6).

Francia, en la embriaguez de la revolución del año 1782, movida por la fiebre reformadora, rehace todos los organismos jurídico-sociales; los regenera

---

(1) Ayraul, *Inst. jud.*, lib. II, parte 1.ª, núm. 23.
Bruneau, *Observ. sur les mat. crim.*, tomo V.
Hélie, ob. cit., § 88.
(2) Ordenanza de Felipe IV de 25 de Marzo de 1302.
(3) Ordenanza de Carlos VIII: Julio de 1493.
(4) Ordenanza de Luis XII: Marzo de 1498.
(5) Ortolan et Ledeau, *Le Ministère public en France. Introd.*, volumen I.
Garat, *Repertoire de Merlin.* V. *Ministère public.*
D'Aguesseau, tomo V, págs. 232 y siguientes.
Henrion de Pansay, *Autorité judiciare*, págs. 577 y siguientes, tomo I.
Meyer, *Histoire sur les institutions judiciares*, tomo II, páginas 577 y siguientes.
Pessina, ob. cit , lec. VI.
Gargielo, *Il codice di procedura civile*, vol. I, pág. 879.
(6) La Francesca, ob. cit., pág. 14.

con el soplo de las nuevas doctrinas, de los nuevos sistemas, de los más audaces ideales; pero el Ministerio público, en medio de la borrasca, permanece firme, seguro sobre sus bases graníticas y adquiere la garantía de la inamovilidad (1).

Cae la primera república, aparece el primer imperio, vuelve la monarquía absoluta y después el Gobierno constitucional; reaparece la república; el 2 de Diciembre de 1851 la hace desaparecer; en medio de la sangre de tantos mártires, flota de nuevo en Francia el estandarte del Imperio; Sadowa le precipita en la ruina: otra vez el gorro frigio domina, y el Ministerio público, en todas estas luchas gigantescas sostenidas por la docta y generosa nación vecina, se presenta siempre en todo su poder, en todo su esplendor; se afirma más y más. Dos ilustres políticos, Julio Simón y Gambetta, nos anuncian una atrevida reforma: su independencia absoluta del Poder ejecutivo.

Muere el insigne jefe del oportunismo francés; a los conservadores suceden los liberales, a los liberales los radicales; la organización política de la República francesa gradualmente se transforma; las más audaces aspiraciones de los publicistas más violentos se realizan; al Ministro Guardasellos retrógrado sucede el progresista Brisson, y la gran figura del Ministerio público se mantiene en pie y firme; nadie, ni el comunista, se atreve a poner en duda su legitimidad, su necesidad, porque es una institución eminentemente liberal, porque la nación, los hombres de Estado recuerdan que en el largo período de obstinados conflictos y de luchas titánicas entre el Papado y el Im-

(1) Ortolan et Ledeau, ob. cit. *Introduction.*

perio, entre la invasora teocracia y la amenazada independencia del poder laico, los intrépidos defensores de la libertad de la iglesia galicana, de la independencia de la potestad civil fueron d'Aguesseau, Tolon, Servan (1).

El imperio germánico realiza la gran idea de la unidad nacional; inaugura el verdadero régimen de la libertad política y religiosa, y el Ministerio público en el nuevo Código de procedimiento penal es considerado como la ley personificada, como la encarnación de la justicia (2).

El Imperio austro-húngaro surge a la vida nueva, y en el Código de procedimiento penal de 1874 brilla con luz espléndida el Ministerio público.

En Bélgica, merced al joven y animoso Ministro Guardasellos Bara, se reforma en 1874 el procedimiento penal y al Ministerio público es confiada la tutela jurídica del Estado.

Inglaterra, cuna de la libertad, a pesar de su famoso adagio *nolumus leges Angliae mutari*, ha inaugurado en realidad una nueva legislación orgánico-judicial, y el proyecto de ley presentado por M. Russel Gurney para la creación del Ministerio público, defendido por la Reina en el discurso de 5 de Enero de 1875, por el Ministerio del Interior en el *bill* del año 1873, por los Ministros Cross y John Holker el 14 de Febrero de 1879, votado el 14 de Marzo y aprobado por la Cámara de los Lores el 19 de Junio del año 1879, al fin ley del Estado el 1.° de Enero de 1880, y así como la aspiración de los insignes publicistas

(1) G. Vacca, *Prolusione recitata alla Corte di Cassazione di Napoli il* 17 *Gennaio* 1870.

(2) A. Geyer, *Le projet de code allemand de procedure criminell. Revue de droit international*, tomo V, págs 421 y siguientes.

Broughan, Campbell, Thilimore, Donman, Cookbur, se ve realizada en los Códigos (1).

América, España, Suiza, Suecia, Irlanda viven la vida del derecho, y el Ministerio público merece el aplauso de los más doctos hombres de Estado.

Reduce a polvo Italia los tronos que la humillaban ante la Europa liberal, y las venerandas sombras de Nicolini, Raffaeli, Poerio, Winspeare, Agresti, Parrili, Cianciulli, Castiglia, Napolitani y otras ilustraciones del Ministerio fiscal, no necesitarán levantarse de sus tumbas para protestar contra los abolicionistas. El Ministerio fiscal permanece firme, y será por siempre, cual lo define la grande inteligencia del eminente Zanardelli, la personificación de la justicia y del deber, la tutela de los intereses morales de la sociedad, como dice el ilustre Pessina.

---

(1) Mittermayer, *Studii critici sulle attuali condizioni dei Tribunali di giurati in Europa.*

Hélie, ob. cit., § 102 y siguientes.

Saluto, ob cit., com. al art. 2.°, vol I.

The Prosecution of offences de 1879 *de Rumsey.*

The Law Magazine, etc. Mayo de 1883, pág 314.

Revista penal Luccini, año VII, Marzo y Abril de 1881, volumen XIII, entr. V y VI.

Vacca, *Il moderno indirizzo de la posizione in accusa. Revista penal*, año X, vol. XIX, entr. IV.

«Debemos rectificar dos errores en que incurre Ahrens: Dice en la pág. 327 de su *Curso de Derecho natural*, traducción italiana de A. Marghieri, sexta edición, que el Ministerio público es desconocido en Inglaterra, y es rechazado por Campbell y por la mayor parte de los jurisconsultos alemanes.— Todo lo contrario.

»Pedir la reforma no significa querer la supresión. Y la mayor parte de los jurisconsultos alemanes no piden más que la reforma.»

V. M. O. Q. Van Swinderer, *Le projet de Code penal anglais de* 1879. *Revue de droit international*, D., tomo XVII, 1885, número 5, y el mismo Ahrens, pág. 327.

Desde 1860 a 1885 se han presentado en Italia diversos proyectos de organización judicial, y ninguno se ha atrevido a consagrar el grave error de la supresión directa o indirecta del Ministerio público. Es verdad se quitó de los juicios civiles; pero la ley de 28 de Noviembre de 1875 ha sido dura y justamente censurada.—La cuestión ha sido tratada por insignes jurisconsultos, honra del Ministerio fiscal.

Vacca, Conforti, Pironti, Oliva, De Falco, La Francesca, Calenda, Tartufari, Costa, Tajani, Borguini, Municchi y Pessina han demostrado doctamente la necesidad de la intervención del Ministerio fiscal en los juicios civiles. El ilustre jurisconsulto Tajani, en oportuna circular ha expuesto sus ideas (1) restituyendo y aumentando el precio y el valor de la institución, dice el Procurador general Borgnini (2). Lo repetimos: el Ministerio fiscal, representante, encarnación viviente del estado social de derecho, no puede, no debe ser del todo extraño; no puede estar ausente de cualquier parte donde se administre justicia. Hombres respetables, doctos como Merlín, Ledru Rollín, Boncenne, Carré, Thomine Desmazures, Locré, Chauveau, Pigau, Hello, Vacca, Borsari, Pescatore, Scialoia, Ricci y otros escritores no superficiales, no enemigos por envidia del Ministerio fiscal, lo sostienen.

En las sesiones del 2, 3, 5 y 6 de Junio de 1885, con ocasión del presupuesto de Gracia y Justicia, los acostumbrados enemigos de la institución la atacaron,

(1) Ministro Guardasellos Tajani.—Circular del 22 de Septiembre de 1885. *Boletín Oficial*, núm. 38, año VI.

(2) Borgnini.—Circular del 16 de Octubre de 1885, número 6.610, 1.ª div. Objeto: intervención del Ministerio público en los juicios civiles.

y encuentra un valioso defensor en el Ministro Guardasellos Pessina.

«Dolorosa fue la impresión que yo sentí anteayer, cuando ví de cerca con furor combatido por muchos oradores el Ministerio público en Italia; se le ha llamado esclavo del Gobierno, y alguna vez ciego instrumento de agentes inferiores del mismo Gobierno.

»Es de sentir verlo atacar de este modo. Me parece un sueño que los honorables que así hablaron, pintasen el Ministerio fiscal como un enemigo público.

»Sí, señores: en muchas ocasiones, antes de tener el honor de alcanzar el cargo que ocupo, he combatido, he luchado con los representantes del Ministerio fiscal; y aun luchando con el individuo que me parecía no ejercía bien las funciones que le estaban encomendadas, no he menospreciado nunca la institución. Acres tal vez fueron mis censuras, porque creía se alejaban sus miembros de la idea *santa del Ministerio público; pero el Ministerio público es el paladión de la justicia y de la libertad.*

»Hay algo, señores, que ha producido un decaimiento en el Ministerio público; pero ese algo ha venido de fuera. Estamos donde las leyes se hacen, y yo puedo tener libre la palabra, como libre la habéis tenido vosotros.

»Ahora bien: en 1875 se ha prohibido al Ministerio fiscal intervenir con su palabra en los juicios civiles. ¿Ha tenido buen o mal resultado esta economía, esta disminución en el número de sus funcionarios? No creo haya sido bueno. Restablezcámoslo en los juicios civiles (1).»

---

(1) Ministro Guardasellos Pessina, *Discursos* cit,, pág. 48 y siguientes.

No deben confundirse los hombres con las instituciones. No deben matarse todos los perros porque puedan padecer hidrofobia, escribía Droz en su *Economía política;* no es racional suprimir las máquinas, porque producen una perturbación económica en las clases obreras; es una idea inmoral, liberticida, recordar los Gobiernos absolutos, porque los Gobiernos representativos, el régimen liberal tienen mucha vitalidad, no es justo confundir las instituciones con los hombres que las representan: con este sistema se volvería a los *dichosos* tiempos de *El Estado soy yo*, impía expresión del panteísmo político. El Ministerio fiscal ha seguido en sus fases la ley de la evolución, la ley que Spencer llama del *crecimiento social* (1), sobre lo primitivo, tosco e imperfecto, creciendo la reflexión y desarrollándose la cultura, se lima por grados hasta adquirir una forma más perfecta, en la cual se ve, como en limpio espejo, su interno concepto. Es la ley de la integración orgánica del célebre fundador de la escuela evolucionista, Spencer.

Así nace, dice Portalis (2), esta bella institución, que ha preservado a nuestros modernos Gobiernos de delatores que fueron azotes de la familia y del Estado bajo los Emperadores de la antigua Roma; esta institución, que en todos los puntos de un vasto imperio da un órgano a la ley, un regulador a la jurisprudencia, un consolador apoyo a la debilidad, un acusador terrible al malvado, una salvaguardia a los intereses particulares, en fin, una especie de representante al cuerpo entero de la sociedad.

---

(1) H. Spencer, *Principes de sociologie*, vol. II, cap. III, página 23.

(2) Portalis, *Elogio del abogado general Seguier*.

Una pléyade de ilustres publicistas, jurisconsultos y estadistas defienden el Ministerio fiscal. Holtzendorff, Bar, Walberg, Glaser, Geyer, Mittermaier, Schwerge, Pinheiro-Ferreira, en Alemania; Montesquieu, D'Aguesseau, Hello, Merlin, Ortolan, Ledeau, Morin, Mangin, Hélie, Odilon-Barrot, Favre, G. Simon, Gambetta, Cazot, Delangle, Brisson, Demôle, etcétera, en Francia; Bentham, Brougham, Campbell, Philimore, Donman, Cookbur, etc., en Inglaterra; Nicolini, Raffaeli, Rossi, Sclopis, Poerio, Winspeare, Parrilli, Agresti, Cianciaulli, Castiglia, Vacca, Conforti, Lavini, Pescatore, Pironti, Mancini, Zanardelli, Tolomei, La Francesca, Cesarini, Tartufari, Lozzi, Casorati, Borsani, Borsari, Carrara, Saredo, Arabia, Borguini, Calenda, De Falco, Palma, Pessina, Tajani y tantos otros (1).

Los defensores de la nueva escuela positiva penal le llaman institución de verdadero progreso (2).

¿Quiénes le mueven dura guerra? Son débiles publicistas que intentan conmover la granítica columna que ha resistido todos los huracanes políticos. Impulsados algunos por la febril tendencia a rehacer por completo todos los organismos de las sociedades civiles y a renovarlos con el soplo de anárquicas doctrinas. Unos no pueden llamarse más que ilusos. El ilustre senador, primer Presidente Musio (3), que irritado lo describe con negros colores; el distinguido jurisconsulto Landolfi (4), que con maravilloso laconismo le llama no útil función; el egregio magistrado

(1) Manduca, *Relazione statistica esposta all'Asamblea General del* 5 *Gen.* 1885 *a la Corte di Appello di Cagliari.*

(2) Garofalo, *Criminología*, pág 322.

(3) Musio, *Studi sull riordinamento giudiziario.*

(4) Landolfi, *I busti in Castelcapuano. Discorso*, pág. 42.

Bartolucci (1), que le considera como una amenaza permanente de la libertad e independencia de la magistratura, no pueden decirse ilusos porque es imposible negarles entendimiento. Otros, hay que creer, son movidos por la manía persecutoria. Tales abolicionistas, que sin haber todavía leído la historia de nuestro martirologio político, la historia de nuestra libertad y apenas balbucean mal alguna idea social, se echan de reformadores, no pueden menos de causar risa a los hombres justos.

Atravesamos un período de grandes transformaciones, y todo nos anuncia una no lejana serie de radicales evoluciones en el orden moral, en el económico-social, y, por lo tanto, también en el orden judicial. Admitimos de igual modo que el Ministerio público ha de reorganizarse sobre bases convenientes.

He aquí cuáles son nuestras ideas acerca de la reforma (2).

---

(1) Bartolucci, ob. cit., pág. 77.

(2) Legislación española.—El Ministerio fiscal existe en España desde los tiempos de Don Juan II y su organización actual está regulada por la ley orgánica del Poder judicial. «Sus funciones son permanentes. El Fiscal del Tribunal Supremo y los Fiscales de las Audiencias pueden libremente ser separados por el Gobierno.—La separación de los demás funcionarios no podrá hacerse sin oir previamente a los interesados, a sus superiores inmediatos y al Fiscal del Tribunal Supremo. (Artículos 820 y 824).

El Fiscal del Tribunal Supremo será el Jefe del Ministerio fiscal de toda la monarquía, bajo la inmediata dependencia del Ministro de Gracia y Justicia. (Art. 841).

Los funcionarios del Ministerio fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la ley, todas las acciones penales que consideren procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquéllas que el Código penal reserva exclusivamente a la querella privada. También deberán ejercitarlas en las causas por los delitos contra

XVIII

No pudiéramos, aunque quisiéramos, desenvolver nuestras ideas relativas a la reforma orgánica del Ministerio fiscal, porque seríamos muy extensos: solamente las indicaremos.

Nada hemos de observar sobre la teoría sostenida por algunos publicistas de la abolición del Ministerio público, por ser incompatible con todo régimen libre. Si tuvieran un concepto preciso y racional del origen, naturaleza y finalidad de la institución, no defenderían principios y doctrinas extrañas que riñen con la historia y la filosofía.

Lo he demostrado con la historia y la ciencia (1).

Régimen libre significa garantías. El deber del Estado de asegurar a cada asociado el libre desarrollo de su personalidad, de conservar y garantir la coexistencia de los organismos todos que componen la nación, de proteger su recíproca actividad y recíprocos derechos, es un contrasentido sin un extenso sistema de garantías (2).

---

la honestidad que, con arreglo a las prescripciones del Código penal, deben denunciarse previamente por los interesados, o cuando el Ministerio fiscal deba a su vez denunciarlos por recaer dichos delitos sobre personas desvalidas o faltas de personalidad » (Ley de Enjuiciamiento criminal, art. 105.)

(1) Tartufari, ob. cit.
La Francesca, ob. cit.
Tolomei, ob. cit.
Manduca, *Discurso* cit.

(2) Rossi, *Cours de droit constitutionnel.*
Mill, *On Liberty.*
Pierantoni, *Trattato di diritto costituzionale.*
Romagnosi, *Sciencia delle costituzioni.*
V. Sansoneti, *Trattato di diritto costituzionale.*

La libertad está en las garantías. Es la gran línea divisoria que separa el absolutismo del liberalismo. En el uno, centralización e irresponsabilidad de los poderes, absorción del individuo en el Estado, panteismo político; en el otro, descentralización, división y responsabilidad de los poderes, participación en los mismos por medio de la representación, democracia. En el uno, la fuerza y la arbitrariedad substituyen a la ley, y la violencia ocupa el lugar del derecho; en el otro, la libertad y la soberanía de la razón y de la justicia. Cualquiera que sea la teoría que se adopte sobre el problema de la determinación de los límites del poder del Estado, en el cual la ciencia del derecho público, desde el Stagirita a los últimos escritores de las dos nuevas escuelas, la italiana y la alemana, a la moderna escuela positiva penal, está dividida y no ha pronunciado la última palabra, es una verdad innegable, porque es resultado de la organización del Estado y de los principios del nuevo derecho público inaugurado en Italia, que el Estado no sólo debe garantir y asegurar la conservación de la nacionalidad, sino también la coexistencia y recíproca actividad y derecho de los organismos que componen el Estado.

Dos celebridades, Danou (1) y Guillermo de Humbold (2), que cerraron a fines del pasado siglo la historia de las grandes cuestiones de la libertad, hacen derivar la legitimidad del gobierno de la tutela de la

---

Palma, *Diritto costituzionale.*
Casanova, *Diritto costituzionale.*
Pessina, *Manuales di diritto publico costituzionale.*
(1) Danou, *Saggio sulle garanzie individuali.*
(2) G. De Humbold, *Saggio sopra i limiti dell'azione dello Stato.*

personalidad humana, el uno, y el otro de la seguridad del bien negativo.

El Estado es una institución principal y substancialmente política y jurídica que coordina la actividad humana en sus variadas relaciones (1).

Pero este concepto político sobre la finalidad del Estado, respecto de la autonomía del individuo y de los otros organismos que viven en la nación, los deberes de conservación, defensa y amparo de la personalidad humana, de las familias, de los municipios, de la nación, dan al mismo Estado, para el cumplimiento de su fin, muchos derechos, los cuales se resuelven en una serie de servicios públicos que el asociado debe a la nación y el Estado tiene el derecho de pedir su estricto cumplimiento.

Estas dos grandes ideas, derechos de los organismos que componen el Estado y deberes para con el mismo Estado, en un Gobierno libre y autónomo dan lugar a la teoría de las garantías y la de división de poderes, tan bien expuesta desde el punto de vista sociológico por Spencer (2).

Las garantías en que se funda un Gobierno libre serían imperfectas y sin verdadera fuerza, si al organizar el Gobierno no se pusiese diligencia en la radical distinción de sus funciones, no se separasen las unas de las otras, encarnándolas en instituciones adecuadas, así como diversos miembros de un mismo cuerpo. El poder debe moderar al poder, a fin de que no llegue al abuso.

---

(1) L. Palma, ob. cit., vol. I.

(2) Spencer, ob. cit.

Carutti, *Dei principii del governo libero,* lib. secondo.

Guizot, *Histoire des origines du gouvernement representatif en Europe.*

No es nuestro propósito mostrar las varias ideas de los publicistas y las contrarias doctrinas de las escuelas sobre la división de los poderes del Estado, ni refutar la teoría que no admite la división, diciendo unos es imposible (1), y otros híbrido expediente de tiranía (2); el negar la división de los poderes es negar la libertad, pues la distribución de las distintas funciones del Estado en diversos órganos, el más alto grado de perfección política, y, por lo tanto, paradógico poner en duda la legitimidad del poder judicial, sería igual a negar la existencia, la vida misma del Estado (3). Los conceptos de gobierno y de ley son inseparables del de autoridad judicial.

La base fundamental de los Gobiernos libres modernos, o sea la racional distribución del poder soberano en los varios órganos del Estado, sin que puedan unirse y concentrarse en uno de ellos, es innegable.

Siendo todo esto verdad, es un absurdo querer dudar de la legitimidad del Ministerio público. Cualquiera que sea el disentimiento acerca de la mayor parte de las atribuciones conferidas al poder social, están todos de acuerdo al declarar que tiene esencialmente por misión garantizar el derecho, repre-

(1) Lamartine, *Storia dei girontini,* vol. I, pág. 442.
L. Blanc, *Storia della rivoluzione francese,* vol. I, pág. 109.

(2) P. Larroque, *De l'organisation du gouvernement republicain.*

(3) Stahl, *Dottrina dello Stato.*
Rotteck, *Diritto pubblico costituzionale,* vol. I.
Bluntschli, *Diritto pubblico universale.*
Idem, *La politica come sciencia,* y todos los escritores Constans, Rossi, Romagnosi, Casanova, Melegari, Meine, Spittler, Saredo, Palma, Pessina, Broglio, Brunialti, Balbo, Malgarini, etc.

sentante eminente de los grandes intereses morales y materiales de la sociedad; el Estado tiene deberes que cumplir y deberes que respetar.

Dejando aparte toda otra discusión sobre este punto, es una verdad fundamental de la filosofía del derecho que el Gobierno debe asegurar a cada ciudadano el libre ejercicio de la propia personalidad dentro de los límites de la justicia y remover los obstáculos, procurando así no se turben las condiciones normales del organismo social. Por esto el Estado es el órgano legítimo llamado a ejercer el Ministerio social de la represión penal (1). «En el Estado se reconcentra el magisterio represivo, dice Kohler» (2).

Es un error afirmar, como algunos publicistas, sea el Estado el fin último y radical del castigo; el castigo, que es querido por el derecho, debe tener por Ministro el órgano del mismo en la vida social.

Sentados los grandes principios del derecho público, deber del poder social de realizar la justicia, derecho de castigar el Estado para el cumplimiento de su misión, completa independencia de la autoridad judicial, de la legislativa y ejecutiva, la existencia del Ministerio fiscal es legítima y necesaria. Sería imperfecta la sociedad donde el delito quedase impune. Sólo el socialismo de acción o de sentimiento, con su sistema de transformación o revolución social,

---

(1) La acción pública, que nace inevitablemente del delito, es la consecuencia necesaria del deber jurídico que el Estado tiene de perseguir judicialmente la represión del hecho punible.

P. Fiore, *Traité de droit penal et de l'extradition,* traduit par C. Antoine, chap. IV, pág. 130, vol. I.

(2) Kohler, *Zur Ehre von der Blutrache,* pág. 31.

pueden admitirlo (1). El Estado, ente colectivo y abstracto, no puede ejercer el derecho de coacción: el Ministerio fiscal, en nombre de la sociedad, ejerce la acción para reafirmar el derecho violado y obtener la coexistencia de los derechos de los asociados y el mantenimiento de la vida social.

La distinción de las dos funciones judiciales, la instrucción—el Ministerio público—, y la decisión—el juez—, y en correspondencia a las mismas los dos órdenes de magistrados distintos e independientes entre sí, son esenciales garantías para la directa y eficaz administración de justicia, y el respeto de toda libertad, así como la independencia de todo el poder judicial de los poderes legislativo y ejecutivo.

El antagonismo legítimo de los dos órdenes de magistrados que constituye la garantía suprema de los juicios: antagonismo, contraste, oposición que se mantiene por dos fuerzas libres e independientes que, yendo por diversos caminos, se encuentran en un punto, chocan, se modifican, se moderan y producen como resultado la justicia. Desaparezca este antagonismo, y en la justicia penetrará el arbitrio no refre-

(1) Sobre el socialismo véase el último trabajo de E. Ferri, *Socialismo e criminalità*. Apuntes y trabajos de:

L. Luzzati, *Il socialismo e le questioni sociali dinanzi al Parlamento di Europa. Nuova antologia*, anno XVIII.

Loria, *Carlo Marx. Nuova antologia*, fasc. VII, 1883.

N. Colajanni, *Socialismo e sociologia criminale.*

Siciliani, *Socialismo, darwinismo e sociologia.*

Arnaude, *Il nihilismo.*

Boccardo, *Prólogo* á los volúmenes VII y VIII de la tercera serie de la *Biblioteca dell'Economista*, y el artículo «Socialismo e Comunismo» en el *Dizionario universale di Economia.*

Stein, *Der Socialismus und Comunismus.*

Laveleye, *Le Socialisme contemporain en Allemagne.*

Mehring, *Die deutsche social Democratie.*

nado, y en vez de dos órdenes legítimos y beneficiosos, porque alternativamente se limitan y corrigen, será creado un orden único con tendencias a hacerse arbitrario y tiránico; y como decía un ilustre diplomático húngaro, el Ministro de Instrucción pública Eötvöos, una organización constitucional, un Estado sin organización que dé unidad de medios y de voluntad (1).

El Ministerio fiscal, en los Gobiernos libres, no es más que el desenvolvimiento de esta idea; los intereses de todos los organismos vivientes que constituyen el Estado, deben estar representados en la organización del orden social, y por esto, esto es una institución de los Gobiernos libres.

En una sociedad adelantada y bien organizada no puede dejarse al particular defender directamente el derecho, sino que es necesaria la intervención del poder social, poder tutelar supremo del mismo. El Estado interviene para la reintegración del derecho violado por medio del Ministerio público, que tiene el deber de ejercer la función social represiva.

«Quitad el Ministerio público, y la ley no tendrá ni sentido ni movimiento; no vivirá, será un ideal muerto, nadie podrá confiarse más que en el oro; poco á poco los ricos con dones y favores comprarán el silencio y la impunidad, ultrajando la miseria de los débiles; o la negligencia, la pereza, el indiferentismo dominarán en daño de la justicia, dice un docto y venerable magistrado (2).»

No es tampoco conforme con los principios de

(1) Eötvös, *Der Einfluss der hernrschenden Ideen des 19 Jahrhunderts auf der Staat.*

(2) La Francesca, ob. cit. pág. 41.

nuestro derecho público decir, como algunos escritores, es el Ministerio fiscal una constante amenaza de las instituciones libres por estar íntimamente ligado al Poder ejecutivo (1).

Si el Poder ejecutivo en los Gobiernos libres no representa, según el ilustre Julio Simón (2), más que la fuerza progresiva de la ley, de la cual el poder judicial no es más que la fuerza conservadora; si la ley emana de la soberanía nacional; si la justicia tiene su origen en la ley, no sabemos con qué lógica se puede sostener por el senador Musio que el Ministerio fiscal es un sér privado de libertad y de conciencia, un instrumento ciego y servil en manos del Poder ejecutivo.

El fiscal en los pueblos libres es un magistrado que aprecia los hechos con la mayor y más plena independencia e interpreta la ley según su propio juicio; no es más que el legítimo representante del derecho y de la justicia, tiene su poder definido y contrastado, como todos los poderes, en un organismo social libre.

Cesarini se expresa así: «Solamente diré que el Ministerio fiscal representa la unidad de dos momentos contradictorios, personificación viva de la acción penal y órgano especial del poder del Estado; asume el papel y los atributos de *parte* en el drama del juicio; por su razón eficiente y por la norma directiva de su actividad persecutoria es impersonal, y por lo tanto, imparcial como el derecho. Y al cumplir el doble fin del Estado de proveer a la investigación de

(1) Musio, *Studi sul riordinamento giudiziario.*
Giuliani, *Instituzioni di diritto criminale.*

(2) G. Simon, *La liberté politique*, chap. III, *Division des pouvoirs*, pág. 178.

los delitos y a la persecución legal de los delincuentes, ejerce una misión eminentemente social con el solo y exclusivo propósito de la recta e imparcial administración de justicia (1).

XIX

Afirmada la legitimidad de la institución y su coexistencia con un Gobierno libre, creemos que la primera reforma debe ser hacerlo independiente, como todo el Poder judicial del Poder ejecutivo. La magistratura, para ser en realidad libre, es menester no dependa del Ministro de Gracia y Justicia en el nombramiento, ascensos, traslados. Es la teoría defendida hoy por los más doctos jurisconsultos y publicistas alemanes (2).

XX

Si, para vergüenza de la oposición de algunos publicistas, no se puede negar que la autoridad judicial constituye uno de los más importantes poderes del Estado, hacerle depender de otro, cual sería el Poder ejecutivo, raya en el absurdo, es perturbar una de las más altas funciones del Estado.

---

(1) Cesarini, *Le riforme giudiziarie in Italia. Studi*, página 153.
Idem, *Discorso inaugurale alla Corte di Lucca del* 1873.
Idem, *Discorso inaugurale alla Corte di Firenze*, 1874.
Pessina, *Elementi di diritto penale*, vol. I.
Idem, *Sommario di lezioni del procedimento penale italiano.*
Tolomei, *Diritto e procedura penale.*
Tartufari, ob. cit.

(2) Ahrens, ob. cit., pág 327.

Si el Poder judicial tiene derecho de examinar si la voluntad legislativa ha sido expresada en las formas sancionadas por la Constitución, para que tenga el verdadero carácter de ley y haya de ser obedecida por todos; si tiene el deber de negar efecto jurídico y ejecución a las disposiciones legislativas inconstitucionales; en suma, si tiene el deber de garantir a los ciudadanos y a las personas morales contra la ilegalidad y las lesiones de derecho del Poder ejecutivo, no nos será difícil comprender que el Poder judicial ha de ser independiente, autónomo, que no puede estar debajo de un poder cuyos actos tiene el derecho de fiscalizar. La existencia autónoma del Poder judicial es el cardinal principio de todos los Gobiernos libres: la garantía de los derechos.

Quien esto niega, o desconoce la organización del Estado y de sus poderes, o quiere hacernos volver a los tiempos del derecho divino, que a su gusto confundía los poderes todos del Estado. Dice Hornung: la autonomía de las colectividades es el primer derecho que se debe conquistar (1).

Los poderes del Estado deben ser independientes entre sí, pero no antagónicos ni opuestos. Son tres partes del mismo organismo, necesarias la una a las otras; se completan recíprocamente, están dirigidas a un mismo fin. En la división de los poderes no se debe ver diferencias, antagonismo, lucha, sino autonomía y armonía, dinamismo, orden, ley, ya que la falta de uno de los tres poderes implicaría parálisis de la acción de los otros. En una palabra, entre los poderes del Estado es menester haya unidad y armonía y recíproca independencia. Todo poder tiene una

(1) Hornung, ob. cit., pág. 450.

relación de coordinación con el otro en cuanto conspira al mismo fin de actuar la soberanía del Estado, y además relación de fiscalización en cuanto puede resistir la usurpación y el abuso; pero entre sí son autónomos e independientes.

No aceptamos la teoría poco liberal de algunos publicistas, que dicen es la principal división, Poder legislativo y Poder ejecutivo, y éste a su vez subdividido en ejecutivo propiamente dicho y judicial (1). Esta doctrina pondría la justicia bajo la dependencia del Poder ejecutivo, sería una teoría cómoda para los Gobiernos, como diría Poitou (2).

Romagnosi (3), Rossi (4), Carutti (5), Saredo (6), Pierantoni (7), Cesarini (8), Palma (9), Hello (10), Constant (11), Bluntschli (12), Santamaría (13), Borsani y Casorati (14), Bortolucci (15), Pessina (16), Arcoleo (17) y otros profesan nuestras ideas.

---

(1) Macarel, *Cours de droit administratif.*
Ducrocu, *Traité de droit administratif.*
Henrion de Pansey, *L'autorité judiciari.*
Merlin, *Repertoire.*

(2) Poitou, *La liberté civile et le pouvoir administratif en France.*

(3) Romagnosi, *Scienza delle costituzioni.*

(4) Rossi, *Cour de droit costitutionnel.*

(5) Carutti, *Dei principii del governo libero.*

(6) Saredo, *Principii di diritto costituzionale.*

(7) Pierantoni, *Trattato di diritto costituzionale.*

(8) Cesarini, ob cit.

(9) Palma, *Diritto costituzionale.*

(10) Hello, *Du regime costitutionnel.*

(11) Constant, *Cours de politique costitutionnelle.*

(12) *Diritto pubblico universale*, vol. I.

(13) Santamaría, *Politica nuova.*

(14) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, tít. XX.

(15) Bortolucci, ob. cit., pág. 85.

(16) Pessina, *Manuale di diritto pubblico costituzionale.*

(17) Arcoleo, ob. cit.

Julio Simón defendió la separación entre el Poder judicial y el ejecutivo fundado en la diversa esencia de uno y de otro. Nada, en efecto, es más opuesto al Poder ejecutivo que tiene el gobierno de todas las fuerzas sociales, que el Poder judicial que nunca obra, no hace más que declarar. El Poder ejecutivo representa la fuerza progresiva de la ley, de la cual el Poder judicial es la fuerza conservadora. El Poder ejecutivo debe inspirarse en los sentimientos de la nación; el Poder judicial debe decidir con absoluta impasibilidad (1).

La legislación comparada nos enseña que cuanto más libre es un Gobierno, tanto más marcada se ve la independencia del Poder judicial. La América del Norte y la libre Inglaterra lo comprueban. Desde el scheriff, juez de paz, hasta los jueces de la Suprema Corte de Westminster, goza de grandísima independencia, de una autoridad que se extiende al derecho público no menos que al privado (2). El Poder judicial

---

(1) Jules Simon, *La liberté politique. Division des pouvoirs*, página 178.

(2) V. Ticknor, Curtis, *History of the constitution*, vol. II, página 434.

Duh-Kent, *Story comm.*, 1. 295.

Gneist, *La constitution communale de l'Angleterre.*

Laboulaye, *Le Etats Unis d'Amerique.*

Fisquil, *La constitution d'Angleterre.*

Lord Hale, *History of the common law.*

Fortescue, *De laudibus legum Angliæ*, IX, 29.

Bagheot, *La constitution d'Angleterre.*

Halam, *Storia costituzionale d'Inghilterra.*

Macaulay, *Storia d'Inghilterra.*

De Lolme, *Costituzione d'Inghilterra.*

Washington no trasladó más que 9 magistrados; Feffer-son, 39; Madison, 5; Monroe, 9; Adams, 2. La inamovilidad es la gran garantía de la magistratura, especialmente en un Gobierno parlamentario, que es Gobierno de la mayoría.

es moderación y equilibrio entre el Poder ejecutivo y el legislativo. De aquí la necesidad esté constituído de tal modo, que pueda rechazar todo abuso e impedir toda invasión de los otros poderes en la esfera de la libertad.

Basados en estas ideas, creemos que los dos sistemas radicales y opuestos de elección de magistrados, la elección popular (1) y la elección del Príncipe, los intermedios y templados, la elección de los abogados y jurisconsultos, o el mixto del elemento judicial y del elemento libre representado por los Consejos provinciales y municipales, o el nombramiento gubernativo limitado por las propuestas del Presidente del Tribunal, no llenan los deseos de la ciencia y no dan las garantías a que tiene derecho el mérito.

La elección del magistrado debe ser hecha por el voto del cuerpo judicial que da mayor seguridad de acierto, es decir, el Tribunal de casación, o aún mejor un Consejo superior de justicia (2). Cada año, o cuando el servicio lo exija, el Consejo de justicia, compuesto de seis de los más eminentes consejeros de casación, presidido por el primer Presidente en persona o por el Procurador general del Rey, también en persona, teniendo en cuenta el mérito y la

---

(1) En Bélgica los Consejeros, los Presidentes y Vicepresidentes de los Tribunales son nombrados previas dos propuestas, una presentada por el Consejo provincial y otra por el mismo Tribunal. Los Consejeros de casación son nombrados también previas dos propuestas, una del Tribunal y otra del Senado.

(2) Según la ley del 27 de Marzo de 1880 del Cantón de Ginebra, la magistratura es nombrada por un gran Consejo.

V. Lieber, que en su obra *On civil liberty andon self-government*, censura el nombramiento de jueces hecho por el pueblo.

antigüedad, propondrá los nombramientos, ascensos y traslados.

Para evitar que con el tiempo penetre el favoritismo, el afecto personal, el arbitrio, es necesario que cada tres años al menos los elementos sean renovados.

Así se acabarán de una vez la arbitrariedad y el favor. El sistema de una Comisión consultiva no ofrece ninguna garantía.

La organización judicial es uno de los problemas más difíciles de la organización de los Estados. Está unida íntimamente con el derecho y la libertad. El modo de elección de la magistratura es una cuestión muy grave, de cuya solución depende el porvenir de este gran poder del Estado (1).

No siendo nuestro propósito el resolverla, continuaremos hablando de la plena independencia del Poder judicial. Confirmado el absurdo de la subordinación de la magistratura al Poder ejecutivo; sentado el principio admitido por el nuevo derecho público, que la libertad civil en un Estado se encuentra en exacta proporción con la autoridad e independencia del Poder judicial; en una palabra, demostrado lo que los radicales jamás han puesto en duda, en Francia Favre (2), Brisson (3) y Simón (4), y ha sido recono-

---

(1) Véanse los discursos de Odillon-Barrot, Renouard y Lucas. *Séances, travaux de l'Academie des sciences mor. et polit.*, volumen XCVII, pág. 465, y vol. XCVIII, págs. 509 y 515.

Jacques, *De l'organisat. jud. Revue de Fœlix*, V, XV, páginas 514 y 578.

Cesarini, ob. cit., págs. 113 y siguientes.

(2) Favre, *De la reforme judiciaire.*

(3) Brisson, *Discursos.*

(4) Simon, ob. cit.

cido también por los radicales oportunistas (1) é intransigentes (2), esto es, la independencia absoluta del Poder judicial del Poder ejecutivo, se debe afirmar el mismo principio en cuanto al Ministerio público: *Independencia del Poder ejecutivo.* Bortolucci dice: «Si el orden judicial, comprendido el Ministerio público, parte notabilísima, no está constituído de un modo autónomo e independiente de la influencia del Gobierno en el ejercicio de su misión, la libertad y el derecho y todos los órdenes libres estarán continuamente expuestos a graves peligros (3).»

Era uno de los ideales del insigne estadista Zanardelli (4).

Creemos, pues, necesaria al Ministerio público la garantía de la inamovilidad que tiene la judicatura.

XXI

El Ministerio público es elemento integrante del orden judicial. No hay motivo para que no goce de las mismas garantías que la judicatura, para que

---

(1) G. L. Gambetta, *Discursos.*

(2) Rochefort, *Discursos.*

Clemenceau, *Discursos.*

V. J. B. Finet, *L'independance du pouvoir judiciaire.*

G. Simon, *Le democratie et le pouvoir judiciaire.*

Rousselier, *L'independance du pouvoir judiciaire e son role dans une societé democratique.*

Montaubin, *De la magistrature et de l'esprit judiciaire.*

Malcot, *De l'independance politique du magistrat.*

V. nuestro trabajo *Il Pubblico Ministero ed il regime rappresentativo:* Catania, 1874.

(3) Bortolucci, ob. cit., pág. 84.

(4) V. *Il Corriere del Mattino*, núm. 316, año XIII.

exista este dualismo. Un funcionario que, en interés de la sociedad, impulsa y mueve todo el organismo penal; que lucha con el delito en sus diversas manifestaciones, haciendo caer bajo su esfera de acción todos los rebeldes al principio del orden, que con la mayor publicidad condena y absuelve; que está en continuo contacto con todos los Poderes del Estado, es ilógico no goce de garantías.

El hombre vive de garantías, tanto en el orden económico como en el orden moral. En el orden económico la falta de garantías implica pérdida de la producción, y en el orden moral, postración de fuerzas, debilidad.

Una institución cuyos poderes están circunscriptos en la órbita constitucional, que, según Pansey (1), es uno de los progresos de la civilización moderna, tiene derecho a todas las garantías que disfruta la judicatura (2).

La teoría del profesor Tolomei, expuesta muy brevemente, que sólo por ser el fiscal representante del Estado en su relación con el Poder jurídico no puede ser más que gubernativo (3), no nos parece aceptable.

En el ejercicio del derecho de castigar que pertenece al Estado no entra para nada el elemento, llamaremos individualista, que en cierto modo excluye el propósito final del Estado en esta función. El Mi-

---

(1) Henrion de Pansey, ob. cit.

(2) G. Vacca, *Prolusione letta alla Cassazione di Napoli il 7 Gennaio* 1883.

Beranger, *Trattato sulla giustizia criminale in Francia.*

Carmignani, *Cenni storici del Pubblico Ministero.*

Saluto, *Commenti al Codice di Procedura penale.*

(3) Tolomei, *Diritto e procedura penal.*

nisterio público no es, dice Pessina, el agente ciego del Estado, sino el órgano inteligente moral, jurídico del Gobierno cerca de la judicatura (1). El edicto de Luis XI, la constitución del 22 de Agosto de 1790 aseguraban al Ministerio fiscal la inamovilidad (2).

Esta inamovilidad ha sido y es la aspiración ardiente de ilustres jurisconsultos y distinguidos publicistas. Desde Dupin al sustituto Procurador general de la Corte de apelación de Montpellier, la ciencia no ha dejado de demostrar su razón y su justicia. La inamovilidad asegura la independencia. No es un privilegio, sino una prerrogativa reconocida por casi todas las modernas constituciones.

Nos duele no participar en este punto de las doctrinas de los sabios magistrados, que por diversas razones son adversarios de la inamovilidad del Ministerio público (3), resucitando así el viejo sistema de Meyer (4).

Admitida la independencia, la plena autonomía del Ministerio fiscal del Poder ejecutivo es consecuencia lógica su inamovilidad. Siendo dependiente en las relaciones administrativas y disciplinarias, no es de

---

(1) Pessina, *Discursos citados,* pág. 50.

La Francesca, ob. cit., págs. 54 y siguientes.

Tartufari, ob. cit., pág. 83.

(2) Ortolan, Ledeau, *Le Ministère public en France. Introduction,* pág. LXVI.

Mirabelli, *Interpretazione dell art.* 69 *dello Statuto italiano messo in relazione con le costituzioni e leggi dei principali Stati d'Europa. Il Filangieri*, año V, 1880, entregas 6.ª y 7.ª, Junio y Julio.

Idem, *La inamovilitá della magistratura nel regno d'Italia.*

(3) Vacca, *Prolusione* cit.

Cesarini, ob. cit., pág. 157.

(4) Meyer, *Institution. udiciaires*, tomo V, págs. 269 y siguientes.

temer haga, como creen algunos, oposición al desarrollo del programa del Gobierno central. Nuestro segundo principio de su organización es la *Inamovilidad del Ministerio público* (1).

Es defendido no sólo por eminentes estadistas que han pasado por los Consejos de la Corona, Zanardelli (2), Pessina (3), y por el Ministro Guardasellos Tajani (4), sino por doctos magistrados, por el Abogado general del Supremo Tribunal de Casación de Nápoles. La Francesca (5), por el Presidente Carlos Lozzi (6), y por el Consejero del Tribunal de Casación de Roma, Tartufari (7), y por el Consejero del Tribunal de Casación, Borsari (8). «Lejos de atentar a la inamovilidad de los magistrados, es necesario, pues, robustecerla por todos los medios», dice Laveleye (9).

Indicadas nuestras ideas acerca del ejercicio de la acción penal por el Ministerio público; sentado el principio histórico-jurídico-político de la legitimidad de

(1) Varios e importantes trabajos se han publicado sobre la reforma orgánica del Ministerio fiscal. Los senadores Musio y Siotto Pintor, los Sres. Carcani, Tartufari, Casorati, Cesarini y otros han dado a luz doctos trabajos acerca del mejoramiento de la organización del Ministerio fiscal.

Villa, en su *Proyecto de reorganización judicial*, ha propuesto útiles reformas.

V. Pessina, *Elementi di diritto penale*, cap. II.

Cesarini, ob. cit., págs. 152 y siguientes.

(2) Zanardelli, *Discursos pronunciados en las sesiones del 23 y 24 de Noviembre de* 1881. *Boletín oficial*, año II, número 97.

(3) Pessina, *Discursos* cit., pág. 55.

(4) Ministro Guardasellos Tajani, *Proyecto* cit.

(5) La Francesca, *Il Pubblico Ministero*, etc.

(6) C. Lozzi, *La Magistratura dinanzi al nuovo parlamento*.

(7) Tartufari, ob. cit.

(8) Borsari, ob. cit.

(9) E. de Lavelaye, *La democratie et le regime parlamentaire* en la *Revue des Deux Mondes*, año LII, tomo LIV.

la institución y de la función social, que en interés de la sociedad tiene el deber de cumplir donde la soberanía del derecho violada por el delito haya de ser restaurada. Y esta misión, este fin social muestra ante todo no es un concepto exacto el expuesto por algunos publicistas de ser el Ministerio fiscal representación de la unidad de dos momentos contradictorios, la personificación viviente de la acción penal, como órgano del poder del Estado y por esto parte en el drama del juicio penal y la impersonalidad por la causa eficiente y por la norma directiva de la actividad persecutoria.

El Ministerio fiscal no es más que un principio como todas las instituciones jurídicas, y tiene por objeto la reafirmación del derecho negado, y como principio, no tiene corazón, no tiene pasión ni odio; no estando dotado de tales condiciones físicas, no puede considerarse como parte con interés individual en el desarrollo de la acción, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes. Es impersonal é imparcial como el derecho que representa. En el drama del juicio penal no se ven más que dos entidades con interés opuesto: el Estado defendido por el Ministerio público, y la entidad delito que comprende acusado y defensa. Sus aspiraciones finales son antagónicas, pues mientras la del Ministerio público es el descubrimiento del hecho, el triunfo de la Justicia, la comprobación de la verdad judicial en defensa de la sociedad y del orden, la protección de la inocencia y el castigo del culpable, la del ente delito, acusado y defensa es la impunidad. La idea de parte, pues, no está en el Ministerio fiscal, sino en la entidad delito.

Las dos misiones de esta institución, proveer a la

investigación de los delitos y a la legal persecución de los delincuentes, se identifican en la eminentemente social: reafirmación de la soberanía del derecho negada por el delito.

Tampoco hay exactitud al decir no es el Ministerio público la sola entidad a la que de modo exclusivo corresponde el ejercicio de la acción penal en todas sus fases, esto es, hasta la condenación o absolución del agente responsable, reafirmación del derecho negado; o reafirmación de la libertad individual en interés de la tutela jurídica por momentos desconocida.

El gradual planteamiento del sistema acusatorio, hacia el que tiende nuestra legislación penal (1) lleva como consecuencia, que, garantizando más la acción del Ministerio público, sea éste el solo y exclusivo árbitro de la acción penal, y tenga el derecho y el deber al mismo tiempo de desenvolverla en todos sus momentos jurídicos, desde el primero al último, hasta el juicio definitivo, en el que la sociedad encuentra el castigo del delito y el agente responsable la condenación o absolución.

XXII

El Ministerio público no es más que la personificación viviente de la justicia y del deber, el rigoroso y fiel guardador de la libertad y de los derechos de los ciudadanos, el representante de la sociedad y de la ley, que toma por norma su conciencia y los libres

(1) Véase la *Relación ministerial* sobre el proyecto (Villa) de reforma del procedimiento penal.
Casorati, *Sunto di studii fatti sulla Procedura penale.*

dictados de su entendimiento, como diría Zanardelli (1). No tiene otro objetivo que la justicia, la verdad y la libertad. No es otra cosa que la representación del derecho y de la justicia: *garantie de la loi et de la liberté*, diremos con Laboulaye (2). De aquí su impersonalidad, su imparcialidad como el derecho, su independencia en el ejercicio de la acción penal, su absoluta libertad en el desempeño de la misión eminentemente social de la investigación y persecución del delito.

Por igual razón su libertad e independencia en relación con la persona ofendida o perjudicada por el delito, aunque se haya mostrado parte civil. La acción penal es una función social, pública, y se desarrolla en interés de la tutela jurídica y de la inocencia: los ciudadanos no tienen derecho a obligar al Ministerio fiscal a promover una acción si el hecho no presenta caracteres criminales.

Es menester que este principio de la ciencia, por nosotros expuesto, libertad de apreciación del hecho denunciado, se determine mejor en las leyes para no dar lugar a dudas sobre su racionalidad (3).

---

(1) Zanardelli, *Discursos. Boletín oficial*, año III.

(2) Laboulaye, *De Tocqueville.*

(3) Véanse sobre esta cuestión:

Borsari, *Azione penale*, cap. II, § 21, págs. 213 y siguientes.

Casorati, *Il processo penale e la riforma*, IV.

Saluto, *Commenti al Codice di Procedura penale*, núm. 24.

Cesarini, *Della libertá ed independenza di apprezzamento del P. M. di fronte alle parti private. Discorso inaugurale del* 1872, páginas 42 y siguientes.

Idem, *Le reforme giudiziarie in Italia. Studii*, pág. 154.

Borsani e Casorati, ob. cit., § 24, vol. I.

Municchi, *Relazione statistica alla Corte di Appello di Cantanzaro nelle anno* 1779.

No podemos menos de aplaudir los artículos 12 y 16 del proyecto de ley presentado a la Cámara de los Diputados por el antiguo Ministro de Gracia y Justicia Villa, que ha sido tan bien acogido por las más distinguidas individualidades que ilustran la ciencia penal.

Y si sólo al Ministerio público se le confía el ejercicio de la acción penal, es lógica y jurídica consecuencia del procedimiento acusatorio extienda sus funciones hasta el fin del juicio, que con tanta solemnidad se celebra ante la Corte de las Asisas.

«Conviene a la naturaleza de las cosas y al principio acusatorio, que el Ministerio público encargado de promover y seguir las acciones penales, formule las cuestiones que han de someterse a los jurados (1).»

No sólo se encuentra esta tramitación en los Códigos de procedimiento penal del Imperio germánico, de Austria y en el derecho consuetudinario de Inglaterra, sino también en el Derecho romano. El que no sea ajeno a aquellas sabias doctrinas, conoce bien que el Presidente, mudo espectador del debate, se limitaba a mantener el orden y hacer observar las leyes y los usos, y que la dirección del debate pertenecía al acusador: él era quien redactada los capítulos de acusación, quien suscitaba las cuestiones, quien presentaba los testigos (2).

Manduca, *Relazione statistica al Tribunale di Reggio Calabria nelle anno* 1879.

Pescatore, *Sposizione compendiosa della procedura civile e criminale*, VII, cap. II, págs. 15 y 16.

(1) Villa, *Relazione ministeriale. Bolletino ufficiale*, núm. 30, anno I, pág. 529.

(2) Hélie, ob. cit., § 17, vol. I.

G. Napodano, *Il diritto penale romano nelle sue attinenze col diritto penale moderno*, págs. 121 y siguientes.

Haremos alguna observación al mencionado proyecto, y diremos nuestras dudas acerca de la forma de llevar el acusado ante la Corte de las Asisas y el modo de practicar las pruebas (1).

La citación directa para los delitos graves, es admitida por algunos modernos Códigos; pero a nosotros, ardientes defensores de la citación directa en los juicios correccionales, no nos agrada, podría traer graves inconvenientes, tanto á la sociedad como al individuo. La celeridad máxima en la tramitación del procedimiento penal en los juicios criminales, no puede realizarse sin que sufran la seguridad social y la libertad individual. Por esto el ilustre jurisconsulto que desempeñaba el Ministerio de Justicia, atendiendo a la mayor gravedad de las causas criminales y las mayores garantías a que tiene derecho el acusado, establecía precauciones a fin de preservar a los ciudadanos de infundadas acusaciones (2).

El llamado examen cruzado, *examinator in chief e Cross Examination,* de los testigos y peritos ante los jurados, no puede, a nuestro juicio, dar buenos resultados.

Conformes con que se quite al Presidente el pesado trabajo del examen de testigos, librándole así de a sospecha de parcialidad, y quede en zona neutral, no somos partidarios de la interrogación directa de los testigos de descargo por el defensor. Es más conveniente dejar esta tarea al Ministerio fiscal, que no puede ser sospechoso de pasión alguna, y no tiene otro objetivo que la comprobación de la verdad. Con el respeto debido a los distinguidos escritores que

(1) Manduca, ob. cit.
(2) Artículos 2, 4, 6, 7 del proyecto citado.

defienden tal doctrina (1), opinamos que sus alabadas ventajas ante los jurados quedarían en el dominio de las puras aspiraciones.

En los primeros años de nuestra carrera, asistimos a las vivas luchas de los debates ante las Asisas, y la experiencia nos ha enseñado que los trabajos de la defensa no tienden a despertar en los testigos el amor a la verdad y la confianza en la memoria, sino a confundir testigos y jurados para obtener su propósito, la absolución del acusado. No nos engañemos: la defensa no repara en medios; su objetivo es la absolución del acusado: lo ha dicho un ilustre hombre de Estado, Zanardelli (2).

Con este sistema de defensa, el que conoce los puntos substanciales débiles o fuertes de la prueba, prepara los medios para que pierda su fuerza. Una *coartada*, un anterior acuerdo con los testigos de descargo comprobando la coartada, la provocación, la embriaguez, la legítima defensa, el exceso en la defensa, la fuerza irresistible y otras atenuantes y eximentes de moda y luego peticiones arteras, dejan una viva impresión en los jurados no educados en la

(1) Best, *The principles of the law evidence.*
Mittermaier, *Gesetzgebung*, § 18, 30, 32.
Holzendorff, *Die Umgestaltung des Staatsanwaltschaft*, § 43.
Sundelin, *Die Staatsanwaltschaft in Deutschland*, § 119.
Planck, *Systematisch Darstellung in deutschen Strafverffahren*, § 310.
Gneist, *Vier Fragen zur deutschen Strafprozessordnung*, § 113.
Cesarini, ob. cit., pág. 211.
(2) Zanardelli, *Sull'Avvocatura.*
El Presidente de Sección, Narici, lo decía al demostrar el error en que había incurrido la casación de Roma en su resolución de 9 de Enero de 1880.
Narici, *Sulla ricusa dei giurati. Rivista penale*, año VI, Junio de 1880, vol. XII, entrega III, pág. 223.

apreciación del valor jurídico de la prueba; impresión que, cualquiera que sea la inteligencia, la capacidad, la palabra, la lógica, el ingenio del fiscal, difícilmente puede ser destruída; serían las consecuencias del *Cross Examination,* y de aquí la impunidad.

Los jurados deciden por impresión, no por íntima convicción. No se debe pensar siempre en el acusado, sino que es menester también no olvidar la víctima. En el actual estado social de perversión (1), en este estado de crisis, decía el Presidente del Consejo de Ministros, Depretis (2), hay necesidad de ser cautos en las reformas; que no se confirme lo que decía el ilustre Gambetta, y antes de él Bismarck (3), relativamente a las desgraciadas consecuencias de toda reforma inoportuna.

«En las doctrinas modernas, la víctima cae pronto en el olvido, y el asesino atrae toda nuestra atención», exclamaba el insigne Sardou en su discurso de la Academia escrito con ocasión del premio *Montyon.* «Se debe progresar sin dar saltos», decía Ricciardi.

Partidarios del progreso indefinido, miramos siempre adelante; pero nos apartamos de las teorías que dañan la justicia social y la libertad individual.

Los sistemas no importan como los resultados.

---

(1) Víctor Hugo escribe: «No quitemos nada al espíritu humano; suprimir es malo. Se debe reformar y transformar». «El materialismo moderno, con su sistema de amputación, hace del hombre un eunuco, niega la fuerza que no sabe explicar y nos deja mancos y galvanizados», dice Mantegazza en su trabajo *Quadri della natura umana, feste ed ebbreze.*

(2) Sesión del 15 de Mayo de 1883.

(3) V. De Zerbi, León Gambetta, *Nuova Antologia,* año XVIII entrega II, 15 de Enero de 1883.

Volviendo al Ministerio fiscal, podemos afirmar como tercer principio que informa su organización jurídico-social: *La independencia, la absoluta libertad y el exclusivo ejercicio de la acción penal.*

Algunos publicistas, para conciliar la inamovilidad y la independencia del Ministerio público, desean volver al pasado y constituirle con funcionarios amovibles.

No es aceptable la idea. Algunas funciones es necesario sean permanentes. Un fiscal con funciones amovibles no será nunca un fiscal, un funcionario digno a la altura de su misión. Algunas funciones requieren una aptitud especial. No todos tienen una feliz palabra, una rápida y pronta intuición, una clara inteligencia, una energía poderosa, una independencia grande, un valor cívico positivo, una variedad de conocimientos, no sólo jurídicos, sino sociales, políticos, económicos, sociológicos, antropológicos, filosóficos, literarios.

Se puede ser un distinguido Presidente de Tribunal, un notable Consejero de Corte, un docto primer Presidente de Corte, y, sin embargo, ser un desdichado Procurador del Rey, un mal Sustituto, un no distinguido Procurador general. Es necesario experiencia para conocer bien el valor de nuestra afirmación.

El cargo de fiscal es todo acción. Es un oficio muy activo; requiere la mayor prontitud en los acuerdos. Es noble y difícil; exige reunir rapidez de pensamiento, energía, independencia, calma, sensatez, debida justicia.

El ambiente del Ministerio público no es tranquilo, quieto, sino tempestuoso, vertiginoso; y el que no tiene una aptitud especial, el que no ha sido educado

para estar firme e impasible ante el huracán que muchas veces azota a quien tiene el deber de luchar con todos los poderes del Estado, con todas las actividades criminales, con todos los partidos y facciones políticas, no puede menos de vacilar y precipitarse.

El cargo de fiscal es jurídico y político al mismo tiempo. La doctrina mirada con amor por Pessina (1) y Tajani (2) de darle funciones amovibles, no puede producir buenos resultados, ya por las aptitudes que se requieren, ya por la especialidad de las atribuciones, ya porque lo temporal del oficio no puede jamás ser útil a la administración de justicia, a las debidas exigencias del Estado y del individuo.

En el orden moral y social es menester no olvidar las leyes del orden económico, y especialmente la de la división del trabajo. Como en el orden económico la división del trabajo tiene, entre otras ventajas económicas, la perfección del producto y el mejoramiento del productor, por ser la perfección hija del hábito, lo mismo en el orden moral la repetición de las mismas funciones da por resultado la regularidad del acto y el mejoramiento del funcionario llamado a su ejecución.

En 1769 decía Beccaria: «Prueba la experiencia que, aplicando siempre la mano y el ingenio al mismo género de obras, son más fáciles, más abundantes y mejores los resultados (3);» fenómeno económico desenvuelto admirablemente por el fundador de la Ciencia, Adam Smith, y por la escuela evolucionista. La influencia en el orden económico y político de la

(1) Ministro Guardasellos Pessina, ob. cit., pág. 55.
(2) Ministro Guardasellos Tajani, proyecto citado.
(3) Beccaria, parte III.

división del trabajo desde Adam Smith a Say, de Say a Mill; la especialización desde Spencer al último escritor evolucionista, no ha sido jamás negada. Profesan nuestras ideas Sclopis (1), Tartufari (2), Bortolucci (3).

No puedo por estas razones aceptar lo propuesto por la Comisión, que para evitar el lamentable dualismo, de que más arriba hemos hablado, confía las funciones del Ministerio fiscal a jueces del Tribunal y a Consejeros de las Cortes. Esta confusión de oficios, a mi parecer, es fuente de graves inconvenientes. Ante todo, ¿cómo y por quién se designarán estos jueces, estos Consejeros delegados para aquellas funciones? ¿Lo serán por turno para cada negocio o por nombramiento o designación? En segundo lugar, ¿no se ve el peligro que poco a poco penetre en la magistratura judicial el espíritu de fiscalización y surjan por otro camino los inconvenientes y conflictos que se quieren evitar con la reforma propuesta? En tercer lugar, no puede negarse se requieren, para desempeñar rectamente y con aplauso el oficio de fiscal, condiciones especiales y señaladamente aptitud oratoria para sostener en público la discusión de la causa. Y es bien difícil encontrar entre los jueces quien esté adornado de estas dotes y cualidades. En cuarto lugar, el sistema de la comisión se opone al gran principio de la división del trabajo, cuya aplicación no es aquí menos oportuna, menos necesaria, menos fructuosa que en cualquiera otra parte. Contentémonos con hacer al Ministerio público independiente del Po-

(1) Sclopis, ob. cit., pág. 100.
(2) Tartufari, ob. cit., pág. 58.
(3) Bortolucci, ob. cit., pág. 85.

der ejecutivo, cortar los lazos que le sacan de su órbita natural y formar con la judicatura una sola familia; pero conservemos separadas las funciones, porque en todas las cosas la confusión de oficios es el desorden (1).

Recordar la organización del antiguo Gobierno de las Dos Sicilias es idea desgraciada. Las instituciones deben amoldarse a la organización política. Restablecer una institución de un Estado despótico y tiránico bajo un régimen liberal y democrático, es un contrasentido.

Además, debe tenerse en cuenta que las funciones de aquel Ministerio público eran muy distintas de las que tiene el actual. El Procurador del Rey, en la organización judicial de 1819 del Gobierno borbónico, no tenía más que una tarea puramente civil y administrativa.

Aunque se acepta nuestra teoría de la independencia del Ministerio fiscal del Poder ejecutivo, es imposible sea absoluta la independencia. Las relaciones entre el Poder ejecutivo, el Ministro Guardasellos y el Ministerio fiscal, no se pueden suprimir. El Ministro Guardasellos no tiene el don de la ubicuidad ni el de la omnisciencia, y de aquí que tenga necesidad, para el recto proceder de la justicia, de un representante. Hablando con brevedad, en regímenes libres, la institución del Ministerio público tiene funciones políticas, judiciales y administrativas. Es tesis desenvuelta magistralmente por Tartufari (2).

¿Es justo cambiar anualmente un funcionario dándole un nuevo cargo? ¿Es racional, no sólo desde el

(1) Bortolucci, ob. cit., pág. 86.
(2) Tartufari, ob. cit., págs. 96 y siguientes, caps. IV y V.

punto de vista judicial y administrativo, sino también político, considerar las funciones del Ministerio fiscal como simple delegación o comisión? Creemos que no. Es nuestra profunda convicción, basada en la ciencia y en la experiencia.

XXIII

El libre, independiente y exclusivo ejercicio de la acción penal por el Ministerio público ha suscitado la grave y delicada cuestión de si debe o no darse participación en él al ciudadano.

La ciencia no ha dicho la última palabra. Se conocen muchas escuelas.

La representada por Glaser, Sundelin, Sechendorff, Tippelshirch, Lewald, Schwarze (1), restringe la acción penal al ofendido o perjudicado. Este principio domina ya en las leyes. Escocia, Irlanda, los Cantones suizos de Argovia y Zurich, el proyecto penal para Hungría le han adoptado (2). Le han sancionado el nuevo Código austriaco de procedimiento penal, que en sus §§ 2.° y 48 autoriza al damnificado para promover la acusación pública, y el Código de procedimiento penal del Imperio germánico en los párrafos 414 y siguientes prescribe que en los delitos de injurias y lesiones corporales pueda el particular ofendido ejercitar la acción penal independiente del Ministerio público.

---

(1) Glaser, *Opuscoli. Principio della persecuzione penale.* Actas I y II del Congreso jurídico alemán, vol. I.

(2) Mittermaier y Glaser, obs. cits.
Código de Argovia, § 117.
Idem de Zurich, §§ 32, 33 y 34.

La escuela capitaneada por Gneist y profesada por Geyer, Holtzendorff, Stomann, Bar, Odilon Barrot, rechazando toda limitación, sostiene que, en defecto de la acción del Ministerio público, pueda ejercitarse la acción por todo ciudadano en la plena posesión de los derechos civiles: *actio popularis.* Esta escuela ha sido seguida por el Congreso jurídico alemán reunido en Norimberg el 25 y 28 de Agosto de 1875 (1). Otra escuela, representada por Schütze, va más allá: propone que la acción popular pueda ejercitarse, mejor que en vía subsidiaria, en libre concurrencia con la acusación del Ministerio fiscal.

La del ilustre publicista Janka (2) sostiene que el ejercicio de la acción penal pertenece solamente al Ministerio público.

En Italia, el primer Presidente Cesarini admite, como complemento de la institución principal de acusación, la acción penal del ciudadano ofendido o perjudicado por el delito, sin distinguir si es perseguible o no a instancia de parte; admite la acción penal subsidiaria del ciudadano, o sea la acusación pública, como suplemento de la inacción del Ministerio fiscal en todos los delitos que producen daño público inmediato (3). Es defendida esta teoría, aunque de un modo más restrictivo, por otros dos ilustres magistrados, Borgatti (4) y Borsari (5).

---

(1) Actas del duodécimo Congreso jurídico alemán. *Rev. pen.*, vol. III.

(2) K. Janka, *Staatliches Klagmonopol oder subsidiares strashlongrecht.*

(3) Cesarini, ob. cit., pág. 158.

(4) Sesiones del Senado del 3 de Abril de 1873 y 20 de Mayo de 1875.

(5) Borsari, *Dell'azione penale*, § 278, pág. 374.

Carrara (1) y Casorati (2) niegan terminantemente la acción penal subsidiaria al ciudadano no individualmente ofendido, y se la conceden al ofendido o perjudicado por el delito.

Estas ideas, que constituyen, según Carrara, el sistema liberal y el sistema natural, han tenido eco en los Códigos de Escocia, Irlanda, Wurtenberg, Brunswick, Baden, Hamburgo, Brema y en los Cantones suizos de Argovia y Zurich, y como más arriba indicamos, en los dos Códigos más modernos, esto es, el de 1873 del Imperio austro-húngaro y el de 1877 del Imperio germánico (3).

Pero nosotros, con el respeto debido a los ilustres defensores de la participación concurrente y accesoria de la acción penal en el desenvolvimiento de la acción pública oficial, profesamos el sistema que Carrara llama restrictivo, es decir, el que niega acción al ciudadano, perjudicado o no por el delito, y es adoptado y seguido en muchas naciones.

El representante del Poder social, además de ser el único funcionario apto para imprimir en el ejercicio de la acción penal los necesarios requisitos de

---

(1) Carrara, *Azione penale. Rivista penale.*

(2) Casorati, *Il processo penale e le riforme.*

(3) Legislación española.—Art. 101 de la ley de Enjuiciamiento criminal: «La acción penal es pública. Todos los ciudadanos españoles podrán ejercitarla con arreglo a las prescripciones de la ley».—Art. 270: «Todos los ciudadanos españoles, hayan sido o no ofendidos por el delito, pueden querellarse, ejercitando la acción popular establecida en el art. 101 de esta ley. También pueden querellarse los extranjeros por los delitos cometidos contra sus personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280, si no estuvieren comprendidos en el último párrafo del 281.»

rectitud, seguridad, energía y autoridad, no personifica, como hemos demostrado, más que un principio, la justicia; y si es verdad no tienen los principios corazón, no sienten amor ni odio, la participación del ciudadano en el desarrollo de la acción penal, aparte de que evocaría un pasado lejano, la venganza privada, la acusación respondiendo al postulado de la venganza, génesis del derecho de castigar en otro tiempo, contrariaría los factores que informan la institución del Ministerio público, quitaría la calma y serenidad que anima el desenvolvimiento todo de la acción penal, revistiendo los actos instructorios de la odiosidad, la violencia, la venganza propias de quien ha sido ofendido. La justicia no podría serena y tranquila describir su órbita, a fin de asegurar al ciudadano en los sagrados derechos de la libertad individual. A su acción tranquila, plácida, fría, acompasada, reemplazaría la apasionada, violenta, turbulenta, agitada del ciudadano.

La justicia colectiva y legal es la que puede garantir, no sólo los derechos del Estado, sino también los del individuo, puesto que únicamente la autoridad se encuentra en condiciones jurídicas, atendida su función normal de regular el modo y forma del ejercicio de la defensa social, que tiene por objeto la tutela jurídica. La anomalía orgánica del delito produce así como anomalía orgánica en el ofendido o en las personas interesadas, que se mueven siempre, aparte del motivo social, por una causa psiquica y económica. El ofendido no es impulsado jamás por un sentimiento altruista, sino por el egoísmo. Obra por un impulso antisocial, como el odio, la venganza, etc.

No puede acariciar la idea de justicia un individuo que, por consecuencia del delito cometido, se

encuentra en un estado de exaltación psíquica. Suponer calma en el hijo que tiene presente el cadáver de su padre asesinado; en el robado reducido a la pobreza por el robo; en el interesado que asistió a la ruina de la propia familia, es deconocer la naturaleza humana en sus realidad, es sentimentalismo puro demasiado violento.

La experiencia, gran maestra de la vida, nos enseña que el ofendido se mueve, al perseguir al ofensor, por la venganza; su propósito no es la reafirmación de la soberanía del derecho violado, sino la destrucción del individuo que ha atentado a su personalidad o patrimonio: profesa el sistema del Talión. Nadie podrá presumir imparcialidad en un herido para con el agresor; nadie considerará como ofensivo, dice Carrara (1), la sospecha de que la víctima pueda alimentar sentimientos de venganza cruel.

A la verdad, en los delitos perseguidos sólo a instancia del ofendido, y en aquéllos en los cuales se constituye parte civil, frecuentemente la acusación privada no queda satisfecha de la justicia: murmura siempre de la aplicación de la pena. Es la exageración personificada; exageración de que muchas veces participa la defensa de la parte civil. Quien ha sido educado en las luchas judiciales conoce las pretensiones, a menudo injustas, de la acusación privada. El abogado que la representa es duro, podemos decir feroz, y cualquier fiscal rígido es débil a su lado. Recordamos abogados, distinguidos abolicionistas, sostener con la mayor frialdad, con repugnante cinismo, conclusiones que darían lugar, como consecuen-

(1) Carrara, *Prescrizione penale. Interruzione*, *Opuscoli.* volumen II, pág. 71.

cia lógica, a un veredicto para imponer la pena de muerte. ¿Quién desconoce cómo son frecuentemente los informes, *haces de luz*, pronunciados por la parte civil, que perturban el desarrollo de la acción penal, y muchas veces la debilitan o destruyen? Todos comprenden que el fin oculto de la parte civil no es el mero interés pecuniario, sino, como dice el profesor Nocito (1), el mismo fin del Ministerio público, con el deseo de venganza por añadidura.

Por los perniciosos resultados que produjo en el Derecho romano, el principio *cuique de populo licet acusare,* repetido en el canónico *omnibus quibus accusatio denegatur in causis propriis licentia accusandi non est deneganda*, efecto de la doctrina de la soberanía, desaparece poco a poco, dando lugar a la institución del Ministerio público (2).

¿Quién no conoce las sublimes páginas de Tácito y de Plinio, en que con negrísimos colores se describen las acusaciones privadas? Los mismos Tácito y Plinio fueron obligados, bajo pena de muerte, a ser acusadores ante el Senado para reprimir indirectamente la infamia de los delatores (3).

Para proteger mejor la sociedad y los intereses de los ciudadanos; para conjurar las ardientes, apasionadas e injustas luchas de los acusadores privados, el derecho de acusación pasó de los Procónsules de las provincias a funcionarios del Estado, y de éstos al Ministerio fiscal.

---

(1) La Corte di Assise.

(2) Hélie, ob. cit., vol. I, §§ 21 y siguientes, págs. 43 y siguientes.

Saluto, ob. cit., núms. 22 y siguientes, vol. I.

Cesarini, ob. cit., págs. 155 y siguientes.

(3) Tartufari, *Del pubblico Ministero in reggimento libero e civile,* pág. 46.

Recordamos con placer lo que decía Bonacci: «En todo juicio penal no se trata sólo la causa de éste o de aquel ciudadano, sino la causa de todos los ciudadanos y de la sociedad entera.»

El derecho penal no es derecho privado, sino público. La justicia punitiva es superior al individuo y hasta al mismo Estado (1).

Borgatti, en las sesiones del Senado del 5 de Abril de 1873 y 20 de Mayo de 1875, declaraba que, en el gobierno de los pueblos, la tutela excesiva no es signo de avanzada civilización y de bien entendida libertad; por el contrario, es indicio seguro de infancia social y servidumbre.

La esencial ventaja de la acción penal como subsidiaria a la del Ministerio público, dice uno de los más doctos publicistas de Alemania (2), no está en la extensión de la tutela jurídica del ofendido, sino que consiste precisamente en la creación de una poderosa garantía de defensa del derecho público.

Convenimos con los dos ilustres escritores; pero es necesario, igualmente, reconocer se necesita una fuerte garantía que tenga por objeto impedir que el ejercicio de toda iniciativa y libertad individuales obre en perjuicio de la iniciativa y libertad ajenas. Esta garantía nosotros la encontramos en la prohibición de intervenir el ciudadano en el desarrollo de la acción pública.

---

(1) Pessina, *Diritto penale*, lib. III, cap. II, pág. 339.
P. Rossi, *Droit pénal. Introduction.*

(2) Holtzendorff, *Die Reform der Staatanwaltschaft.*
Idem, *Die Umgestaltung der Staatanwaltschaft vom Stand punk unabläugiger strafiustiz.*
Holtzendorff, *Gutachten in den Verhandlungen des XII Deuts Juristentages.*

Si miramos la cuestión desde el punto de vista de las nuevas ideas, en la relación biológica, psicológica y fisiológica, en relación a las afecciones que mueven al ofendido, nos convenceremos de que la participación del ciudadano, hasta cierto punto útil a la justicia, considerada como quieren los publicistas mencionados, no puede producir más que daño.

Depurando en el crisol de la crítica los sistemas que la ciencia conoce en el punto expuesto, nuestras ideas se verán más claras.

A la verdad, la escuela representada por Glaser confunde dos órdenes de ideas bien distintas: la reparación del daño privado y la reparación del daño social; desconfía del Ministerio público, compromete la libertad individual, perturba el sentimiento jurídico en la conciencia de los hombres. La capitaneada por Gneist y otros publicistas, nos haría volver al derecho romano, a las acusaciones injustas, inmorales, vejatorias, tan bien descritas por Tácito (1) y por Plinio (2). La acusación degeneraría en arma de rencores privados, abriría la puerta a molestias injustificadas, alteraría la paz de las familias, quitaría prestigio al Ministerio fiscal, atentaría a los derechos del Estado, el cual, por interés colectivo, tiene el derecho para su existencia política, moral, económica y social, a tener un órgano, un funcionario que represente el poder social y ejerza la acción penal para la actuación de la justicia punitiva (3).

La escuela fundada por Schüschütze amalgama dos funciones diversas y separadas, destruye la li-

(1) Tácito, *Anales*, lib. IV, 30.
(2) Plinio, *Panegírico de Trajano*, XLII.
V. Carrara, *Programma. Parte generale*, § 841 y siguientes.
(3) Bluntschli, *Doctrina general del Estado moderno*, libro V.

bertad de apreciación del Ministerio fiscal, le hace feudatario del ofendido o denunciante, convierte en ilusoria la independencia de un funcionario, que no vive más que en el puro ambiente de la justicia, de la libertad y de la independencia. El procedimiento penal debe armonizarse con la libertad individual y con la libertad humana (1). El procedimiento penal tiene por fin remoto la actuación del derecho penal, y por fin próximo el asegurar a la sociedad humana de la verdad en cuanto al delito y a los que de él han de responder. El procedimiento penal debe comprobar la verdad para cumplir el castigo del culpable. El movimiento penal, en el cual se revela activa la fuerza propia del delito, no es más que la manifestación del derecho de castigar, que no se funda en la venganza, como quiere sostener un escritor moderno (2), refutado por el ilustre Schwarze (3), sino en la retribución jurídica o tutela jurídica, que en su finalidad vale lo mismo (4).

El Estado es el solo órgano de la justicia penal. Sentados estos postulados, en buena lógica, ¿se puede defender que a todo ciudadano ofendido o no le sea permitido vengarse bajo la protección de la ley, pueda impunemente cometer un asesinato moral? ¿Cuál de los dos sistemas es más estimable: el que se apoya en la calma, la serenidad, el amor a la justicia, o el que se funda en la agitación, en la ofuscación moral,

(1) Béhsics, *Azegiseni szabadsag Europa benés Magyarorszagon.*

(2) O. Mittelstadt, *Geyen Freiheitsstrafen Gin Beitrag Zurfhritik des kentigen strafensystems.*

(3) Schwarze, *Die Freiheitsstrafe mit besonderer Berücksichtigungoler Schreift des Dr. Mittelstadt.*

(4) Carrara, *Programma*, § 605, nota 1.ª
Pessina, ob. cit., págs. 15 y siguientes.

en el odio, en la pasión, en la venganza? En pocas palabras, ¿cuál es el sistema más aceptable: el de la iniciativa individual, interesada directa o indirectamente en el castigo, o el de la iniciativa social, que no tiene otra aspiración que la justicia? No dudamos en escoger el segundo, porque responde a las exigencias sociales.

Pero el oficial público, al que el Estado ha deferido el ejercicio de esta importante función, podría abusar, dice un insigne magistrado (1).

Pero preguntamos: ¿la probabilidad está tal vez más en el hombre, que no tiene otro objetivo que la justicia y el derecho, vigilante e infatigable guardador de su recta observancia, cuyos actos no pueden ser más que efecto de la imparcialidad y separados de pasión o predilección, o en el ciudadano movido por el interés, que hace engañarse también al hombre honrado? (2).

Abstracción hecha de que la sociedad tiene medios morales y disciplinarios, garantía contra los posibles errores del magistrado acusador, y para moderar los efectos de su poder negativo, la opinión pública, la imprenta, ¿no son acaso en un Gobierno libre poderosos contrapesos del representante del poder social que no cumple con su deber?

En nuestros días la Prensa libre vela más de lo necesario por la tutela de los intereses públicos, dice el profesor Carrara (3). En nuestros tiempos la opi-

(1) G. Cesarini, ob. cit., pág. 157.

(2) Campani, *La difesa penale in Italia. Studi teorici e pratici.* Carcano. *Il publico Ministero in Italia. La rivolucione in Italia fino al Governo napoleonico.*

(3) Carrara, *Azione penale. Rivista penale.* Luccini, vol. III, fasc. I, pág. 19.

nión pública hace el juicio de la historia, escribe Rolin-Jacquemyne (1).

Admitamos que el ofendido, el perjudicado, y también el ciudadano extraño a la ofensa, puedan presentarse al fiscal y suministrar la comprobación del delito; que tenga plena libertad para ejercitar su derecho, para obtener la reparación que únicamente la imposición de pena al ofensor puede lograr, la apreciación de la prueba; pero la determinación del derecho deberá pertenecer al órgano del poder social, con potestad de rechazar o acoger los propuestos elementos de culpabilidad. Lo contrario significaría enfeudar al Ministerio público en el ofendido, abdicación plena de su libertad de acción.

La parte ofendida, prescindiendo de que no puede tener la aptitud, el golpe de vista del fiscal, impulsada por el deseo de vengar la ofensa sufrida, otorga confianza, da fe a todo lo que se dice, y en vez de tender su cooperación, su concurso subsidiario al descubrimiento del reo y su castigo, tiende a amañarlo todo, a producir dudas, a demostrar hechos ilógicos, a presentar declaraciones inverosímiles, a confundirlo todo para luego resultar la impunidad.

Hablando con franqueza, la participación del ciudadano ofendido o no por el delito causaría efectos contrarios a los que de buena fe creen los publicistas que en interés de la sociedad la defienden. Podemos asegurar que casi siempre las querellas ofrecen exageraciones que gradualmente desaparecen, merced a la labor incesante del Ministerio público y del juez instructor que con sus trabajos logran presentar a la

(1) G. Rolin-Jacquemyne, *Dello studio della legislazione comparata e del diritto internazionale*, § II.

magistratura judicial o al magistrado popular la verdadera representación del delito.

El desarrollo instructorio no consiste en amontonar declaraciones que entre sí no tengan relaciones lógicas, sino en presentar con interés al magistrado un conjunto armónico, lo que se llama un proceso lógico. Por esto, decíamos, el juez instructor no se crea, se hace; verdad que nuestros legisladores no han querido comprender y cuyo desconocimiento es quizá una de las más poderosas causas de las ordenanzas negativas. El derecho, pues, de constituirse acusador para suplir la presunta inacción del Ministerio público, no está conforme ni con el derecho, ni con la política, ni con la psicología.

Convenimos con Cesarini en que la fórmula del mandato y delegación de la sociedad o de la autoridad social en el individuo particular para el castigo de los delitos, recordando la utopia de Rousseau, contiene dos errores, los dos extremos igualmente peligrosos y absurdos: la estatolatria u omnipotencia del Estado, y el arbitrio individual (1); pero nos apartamos del ilustre escritor en las consecuencias que deduce. Dado existe un poder que represente la sociedad en sus derechos de social existencia, afirmada la justicia de sus actos, intervenir el particular en el ejercicio de una función social, además de menospreciar la institución llamada a ejercerla, sería un atentado a la libertad individual. No profesamos la sentimental doctrina de garantizar únicamente la libertad del acusado; es un error que debe de una vez abandonarse en interés de la humanidad, que asiste al burlesco espectáculo de la constante orgía del delito.

(1) G. Cesarini, ob. cit., págs. 156 y siguientes.

Sagrada es la libertad individual, pero también es sagrada la libertad individual de la víctima del delito; si el acusado tiene derechos y deberes, los tiene igualmente sagrados la víctima, el ofendido, el perjudicado. Lo contrario significaría la aplicación del poco justo principio de dos pesos y dos medidas. A esta desgraciada y errónea dirección de la ciencia social debemos el estado patológico de la sociedad moderna.

Afirmemos, pues, solamente el derecho del ciudadano ofendido o perjudicado a la reparación moral de la ofensa y al resarcimiento material del daño.

No seguimos por entero las doctrinas de Carrara, Cesarini y Casorati.

El Ministerio fiscal, al promover la acción penal, no ejercita más que una función del Estado, consecuencia del derecho que tiene de castigar. Los procedimientos penales no se determinan por el daño privado, sino por el daño social.

Tanto desde el aspecto jurídico como desde el aspecto político, naturalista, el ciudadano, ofendido o no, no puede, fundado en la inacción jurídica del encargado de desempeñarla, tener derecho a ejercer una función consecuencia de un derecho eminentemente social del Estado.

Aun en los delitos perseguibles a instancia de parte, la violación de la soberanía del derecho es castigada en interés de la sociedad. La opuesta teoría es un retroceso. Nuestra legislación no contiene ninguna disposición que obligue al Ministerio fiscal a secundar al denunciante o a la parte civil. En los artículos 42 y 43 de la ley de procedimiento penal se prescribe lo contrario.

Concede la ley derechos a quienes asumen la re-

presentación jurídica de la parte civil; pero no deroga las disposiciones citadas, y solamente pueden ejercitarse por medio del Ministerio público cuando, después del oportuno examen, haya juzgado que el hecho constituye delito y debe, por consecuencia, promoverse la acción penal. La acción civil está subordinada a la penal de tal modo, que no puede embarazarla o retardarla, y mucho menos darla impulso (1). El fiscal, al ejercitar la acción penal, no anula la actividad individual, no viola la libertad personal, sino que afirma indirectamente la actividad individual y garantiza la libertad.

No es dado a un Gobierno que respeta todos los derechos del ciudadano permitir vengarse al amparo de la ley, que tiene por objeto el equilibrio del derecho y no el antagonismo; que asegura al individuo sus derechos y deberes, pero no permite se utilice como instrumento de baja venganza, de ira o de vulgares pasiones.

El funcionario al que se confía la acción penal debe ser independiente de los ciudadanos. En el cumplimiento de sus deberes debe ser superior a todos y a todo. No recibe órdenes ni inspiraciones de nadie: obedece sólo la voz severa y solemne del derecho y de la justicia; no es agente de la sociedad ni del individuo. Substituye en el orden penal los criterios de justicia y orden social a los del interés individual y de las pasiones privadas. La idea de Meyer (2) que el Ministerio público pueda conceder patentes de impunidad, no es digna de discusión.

---

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. I, § 24.
Mangin, *De l'action pénal*, tomo I, núms. 16 y siguientes.

(2) Meyer, *Spirito, origine e progresso delle istituzione giudiziarie*, tomo V, cap. XVIII, págs. 278 y siguientes.

Resumiendo: la acción penal subsidiaria del ofendido y la acción penal de todo ciudadano; la acción penal privada y la acción penal cívica, en vez de completar la acción penal que se ejerce de oficio, la neutraliza, la confunde, la destruye en su fin y en sus efectos.

El ciudadano tiene derecho a la pena; pero este derecho es distinto del que tiene el Estado, basado en un fin eminentemente social. La libertad individual puede desenvolverse de un modo regular y legítimo, pero no atentar a la libertad individual de otro.

La acción subsidiaria penal privada o cívica implica diferencia social, no admitida por el derecho público. La libertad individual no varía de ciudadano a ciudadano. Hay dinamismo y no antagonismo entre las libertades de todos los ciudadanos. De aquí la máxima: el interés del ciudadano se compenetra en el interés general, donde encuentra su potencialidad. El fundamento de la acción penal privada, es decir, el daño o lesión individual, está compenetrado en el principio informador de la acción pública oficial. En la defensa de los derechos humanos; en la tutela jurídica; en la reafirmación de la soberanía del derecho, negada por el delito; en la defensa social, digámoslo también, con la escuela positiva penal, está la protección, la defensa de la libertad individual, de la libertad civil. Cuando al derecho de manifestación de la actividad individual no se pone un límite; cuando al órgano del Estado puede ser impuesta la continuación de la acción penal, para afrenta de su existencia, sea por falta de concurso de los factores jurídicos del delito denunciado, sea por falta de los elementos probatorios, los procedimientos son eternos, pues eterno es el deseo de venganza; los odios se avi-

van al moverlos; la venganza, llevada al extremo, daría lugar a otros delitos, y acaso a la impunidad, por la condición de fuerza irresistible que los jurados adoptarían.

En la administración de justicia no entra la teoría gubernativa; no hay más que la ley del deber, que el Ministerio fiscal, sin pasión, a la luz del día, con la fuerza que da derecho, vigilado por la opinión pública, realiza en todos sus elementos constitutivos. Tanto la acción penal como la cívica subsidiaria para los delitos políticos, no son una garantía constitucional, ni decisivo y sólido fundamento de la obediencia al Estado y de la libertad civil, ni una poderosa defensa del derecho público, porque en el delito político entran el odio, el rencor, la pasión, el fanatismo y las convicciones. Nos lo enseña la historia antigua y moderna. ¿Quién desconoce las ardientes luchas de los partidos políticos? ¿Quién ignora las exigencias, a menudo exageradas, de las más avanzadas minorías? ¿Quién, educado en la vida política, desconoce el odio, la venganza y otros innobles fines que informan las aspiraciones de los retrógrados, que quieren vuelva la sociedad por el camino del despotismo, del obscurantismo, de la negación de toda libertad civil y política? ¿Quién, en fin, no recuerda los elementos en que se apoyan las doctrinas de los modernos ultramontanos, socialistas, comunistas, internacionalistas, colectivistas, anarquistas? Conceder a los defensores de estas ideas subversivas, a estos elementos políticos la acción privada o cívica, ¿no sería atentar a la pública tranquilidad, provocar escándalos, exponer nuestro derecho público interno a los ataques de tales individualidades? Sería desconocido el fundamento de nuestras instituciones políticas y violado

el derecho social individual. *Quand la guerre est entre les partis, les partis travaillent à porter partout la guerre, ils souffrent avec dépît profond que la paix demeure quelque part, que tout ne leur soit pas appui ou instrument*, escribe Guizot (1).

En cuanto al delito político, estamos de acuerdo con Lombroso que dice: *Instruits par le'experience historique, qui prouve que dans un goubernement vraiment libéral le delit politique ne fournit qu'un contingent minime dans le tableau général de la délinquence nous croyons fermement que toutes les réformes politiques et sociales compatibles avec le développement de la civilisation et avec le progrès intellectuel d'une nation et conformes à ses aspirations légitimes constituent la mesure préventive plus efficace contre le délit politique* (2).

Los que bajo un Gobierno despótico o antinacional son los verdaderos precursores del movimiento progresivo de la humanidad, en otro caso son minorías que, empujadas por el fanatismo o la exageración de un sentimiento político-religioso o social, acarician ideales retrógrados o anárquicos, y constituyendo facción más bien que partido, son muy peligrosos por su profundo odio y por su salvaje venganza; concederles la acción penal produciría efectos contrarios a la justicia, al fin social a que aquélla se encamina.

Poner al Ministerio fiscal en medio de estas opuestas fuerzas movidas por la pasión, el odio, el fanatismo, el convencimiento, la ambición del poder, sería

(1) Guizot, *Des conspirations et de la justice politique. Préface. Oeuvres choisies.*

(2) Lombroso, *Du delit politique. Premier congrès international et anthropologie criminelle.* (Roma, 1885.) *Programme et conclusions des rapporteurs*, VI, pág. 60.

igual a despojarle, hacerle cómplice de los hechos turbulentos de mayorías y minorías, radicales en sus venganzas. No sería digno someter un funcionario público a las demandas exageradas de un partido, de una facción. Aunque admitiéramos la acción subsidiaria, penal, privada o cívica, jamás debería extenderse a los delitos políticos.

Los adversarios de nuestra doctrina aducen el repetido argumento de la parcialidad del Ministerio fiscal, que no se puede oponer a los que, como nosotros, defienden su absoluta independencia del Poder ejecutivo (1). El Estado, he dicho, tiene el deber de conservar el orden y garantir la coexistencia de los organismos que le componen, respetando la autonomía individual y de los demás organismos que viven en el seno de la nación.

Nos engañaremos; pero éstas son nuestras convicciones, sugeridas no sólo por la ciencia, sino por la experiencia, gran maestra en la práctica de la vida.

No debe olvidarse que Roma tenía muchas leyes restrictivas de la libertad de acusar. Inglaterra nos suministra ejemplo análogo (2).

Firmes en nuestro principio de que al Ministerio público es a quien únicamente corresponde el ejercicio de la acción penal libre e independiente, sin ingerencia de ningún otro instituto, ni el concurso de otras personalidades físicas o morales, tenemos que censurar las legislaciones que, bajo el pretexto de favorecer el interés general o por otra razón de naturaleza semejante, han establecido prerrogativas a favor de algunas administraciones del Estado, ante

(1) Casorati, ob. cit., IV.
(2) Carrara, *Programma*, parte general, § 861, nota 1.ª

las cuales es necesario se plegue la habitual jurisdicción atribuída al fiscal por las leyes comunes.

Nuestra vigente legislación de hecho, a diferencia de la francesa, ha concentrado y confirmado en el Ministerio fiscal la acción pública, la cual abraza todas las materias que encierran elementos de penalidad: todas las jurisdicciones excepcionales están suprimidas. Ningún funcionario es llamado a substituir o a integrar al Ministerio fiscal en el ejercicio de la acción penal. Si se encuentran en nuestras leyes para algunas especiales contravenciones, como son las relativas a aduanas o impuesto de consumos (1), impuestos sobre herencias de riqueza mueble (2), de sellos (3), naipes (4), maja de cereales (5), excepciones a la regla general, ha sido por una razón eminentemente financiera y porque estas infracciones de la ley son igualadas, atendida su índole, a los delitos de interés privado, en los que la acción pública se hace depender de la parte damnificada.

Adversarios nosotros del privilegio en el ejercicio de la acción penal, al propio tiempo que no nos oponemos al concurso del elemento financiero en el castigo de los delitos de pequeña entidad jurídica, cen-

(1) Art. 86 del Reglamento de 11 de Septiembre de 1862, núm. 867.

Art. 96 del Reglamento de 11 de Julio de 1864, núm. 1.839.

(2) Art. 108 del Reglamento de 25 de Agosto de 1870, número 5.828.

(3) Art. 37 de la ley de 21 de Abril de 1862, núm. 856.

Art. 48 del decreto de 14 de Julio de 1866, núm. 3.122.

(4) Artículos 19 y 20 del Reglamento para ejecución de la ley de 21 de Septiembre de 1862.

(5) Art. 73 del Reglamento de 19 de Julio de 1868, número 4.491.

Art. 27 del Reglamento de 2 de Abril de 1875, núm. 157, serie 2.ª

suramos el poder de la administración forestal sobre la acción penal, el del elector, que basado en el artículo 97 de la ley Electoral política de 22 de Enero de 1882, tiene el derecho de promover la acción penal y constituirse parte civil, y la propuesta de la Comisión de la Cámara de los diputados nombrada para dar dictamen en el proyecto de reforma de las leyes sobre Obras pías, concediendo la acción popular para proteger y reinvindicar los derechos de la beneficencia pública (1).

Las excepciones son siempre odiosas; constituyen el privilegio que en los Gobiernos libres debe desterrarse, por ser un atentado a la igualdad civil de todos los ciudadanos.

Antes de concluir, diremos breves palabras sobre las opiniones de cinco escritores insignes: Carrara (2), Casorati (3), Cesarini (4), Luccini (5) y Nocito (6).

Carrara, con su estilo vivo y enérgico, defiende la acción subsidiaria del ciudadano ofendido o perjudicado por el delito. Al desarrollar su doctrina, que es la de Glaser, confunde dos órdenes de ideas distintos y separados, esto es, la acción civil, que tiende a la reivindicación de un derecho cualquiera, y la acción penal, que tiene por objeto la reafirmación del derecho violado, la tutela jurídica.

---

(1) Artículos 21 y 30 del proyecto de reforma de las leyes de Obras pías de 3 de Agosto de 1862.

(2) Carrara, ob cit., y *Rivista penale*, Luccini, vol. III, página 5.

(3) Casorati, ob. cit. — *Monitore dei Tribunali*, anno XIX, págs. 472 y siguientes.

(4) Cesarini, ob. cit, págs. 167 y siguientes.

(5) Luccini, *Ir carcere preventivo ed il meccanismo istruttorio*.

(6) Prof. Nocito, *La Corte di Assise*, § LXIV, págs. 237 y 238.

XXIV

Gran distancia media entre las dos acciones: una se refiere al derecho privado y la otra al derecho social.

No puede colocarse en la misma línea la pérdida de un derecho sobre bienes muebles o inmuebles y la pérdida de la libertad individual.

Dice Carrara: «Una querella criminal dirigida contra un inocente es para su familia una perturbación y un perjuicio menor que ciertos litigios civiles, sostenidos acaso durante veinte o más años por un hombre rico, al que nada le importan los gastos con tal de alcanzar sus fines. Si se respeta la libertad de acción de quien quiere por este medio causar a otro molestia, ¿por qué no ha de respetarse siempre la libertad de acción del que quiere seguir el otro camino?... La libertad en la vía penal ocasiona a las familias una vejación menor, más pasajera que la otra, y éstas tienen defensa más enérgica, más eficaz» (1).

¿Es propio del ilustre jurisconsulto este modo de razonar? ¿Se puede decir igual el ejercicio de una acción civil que no produce más que un daño económico, y el ejercicio de una acción penal que puede causar la pérdida de la libertad individual, arrojando a la víctima en una prisión y a sus inocentes hijos en la miseria? ¿Es lógica la doctrina que se apoya en tan débiles argumentos?

Para el ejercicio de la acción penal, para la tutela

(1) Carrara, ob. cit., y *Rivista penale,* Luccini, vol. III, entrega 1.ª, págs. 13 y siguientes.

jurídica del Estado, hay un funcionario que con el mayor valor cívico, con la mayor imparcialidad y con ánimo sereno, garantiza los derechos de la sociedad; pero tratándose de un derecho puramente privado, el ejercicio de la acción civil sólo se confía al interesado.

El juez, al rechazar o admitir la acción civil, no hace más que declarar un derecho.

No existiendo un funcionario, a no ser en casos excepcionales, que defienda los derechos privados, es justo, es lógico, es racional haga el ciudadano interesado todo lo necesario para la efectividad de su derecho.

La autoridad, la libertad individual, el honor no peligran. No se debe dar una interpretación restrictiva al sagrado principio de la libertad individual: es necesario se respete en toda su extensión. Como el ofendido tiene derecho a pedir se asegure el respeto a su libertad individual, igualmente el ciudadano contra el cual se dirige la acusación privada.

Tenemos el firme convencimiento que esto no se logra con el sistema de Carrara.

Lo reconoce con nosotros el ilustre escritor, pues llama defensa *legal* la ejercitada por medio del funcionario del Estado, y *violenta* la defensa privada.

Los mismos escritores que sostienen la acusación privada, y los Códigos de Argovia, Zurich, Alemania y Austria Hungría que la admiten, no dejan de temerla y la rodean de muchas garantías (1).

---

(1) Legislación española.—Art. 280 de la ley de Enjuiciamiento criminal: «El particular querellante prestará fianza de la clase y en la cuantía que fijare el juez o Tribunal para responder de las resultas del juicio.» — Art. 281: «Quedan exentos de cumplir lo dispuesto en el artículo anterior: 1.° El

Siguen a Carrara, Casorati (1), Luccini (2) y Nocito (3). Cesarini, en cierto modo, participa de las ideas de Gneist. Defendiendo nosotros la doctrina de Janka (4), que niega en absoluto la intervención al ciudadano ofendido o no por el delito en el ejercicio de la acción penal, no aceptamos su teoría.

La acción penal del perjudicado en concurrencia con el Ministerio público, tenga o no éste iniciado el procedimiento, además de lastimar la independencia del fiscal que no necesita ser impulsado, puede causar notables daños en la administración de justicia. La experiencia lo demuestra. En la Italia meridional e insular, conceder este derecho sería lo mismo que cooperar al aumento de la delincuencia. La venganza tiene en estas regiones tal poder, que frecuentemente es necesario refrenar la parte ofendida cuando como parte civil concurre con el Ministerio fiscal. Pueblos de ardiente imaginación ven una prueba en una lejana y vaga sospecha. Lo repetimos: en el estado actual de nuestros procedimientos, los *haces de luz* que ofrecen los perjudicados son los que pierden las causas penales.

---

ofendido y sus herederos o representantes legales. 2.° En los delitos de asesinato o de homicidio, el viudo o la viuda, los ascendientes y descendientes consanguíneos o afines, los colaterales consanguíneos o uterinos y afines hasta el segundo grado, los herederos de la víctima y los padres, madres e hijos naturales a quienes se refiere el núm. 3.° del art. 261. La exención de fianza no es aplicable a los extranjeros si no les correspondiese en virtud de tratados internacionales o por el principio de reciprocidad.»

(1) Casorati, *Il processo penale e la riforma.*

(2) Luccini, ob. cit.

(3) Nocito, ob. cit.

(4) Janka, *Staatliches Klagmonopoloder subsidiares strashlagrect.*

Cualesquiera que sean las condiciones a que se subordine esta institución, siempre se atenta a la paz de las familias; los odios se avivan, las pasiones se despiertan, la delincuencia aumenta. Es verdad, dice Cesarini, las querellas privadas la mayor parte de las veces tienen un motivo interesado; no son promovidas por elevados sentimientos; a menudo son frívolas e infundadas o inspiradas por el odio, la venganza u otros innobles fines (1).

No creemos tampoco cierta la doctrina del ilustre magistrado Lucca, esto es, que el fundamento filosófico de la acción penal cívica es el mismo del Jurado. Diverso es el propósito político. Gobierno democrático y Jurado son sinónimos. El uno es imposible sin el otro. El Jurado es una institución política y jurídica al mismo tiempo.

Por úitimo, reconocemos que la inercia y la pasividad pueden imaginarse bajo Gobiernos absolutos, pero no bajo Gobiernos democráticos; y si no puede negarse es natural consecuencia del desenvolvimiento de la vida pública la espontaneidad de la iniciativa individual en los hechos, tal verdad no se ve del todo confirmada. En la Corte de la Asisas con dolor se ve frecuentemente la repugnancia de los ciudadanos a formar parte del Jurado, o el indiferentismo en ejercer un tan sagrado derecho.

La actual legislación reconoce, hasta cierto punto, una razonable esfera de desarrollo a la iniciativa del ciudadano; pero quien vive en medio de los juicios penales sabe es casi letra muerta la disposición de nuestro Código de procedimiento penal, concediendo a la parte lesionada el derecho de citar directamente

(1) Cesarini, ob. cit., pág. 167.

ante el Pretor o Tribunal al culpable de un delito perseguible sólo a instancia de parte. Nadie ignora la poca o ninguna cooperación que por lo regular prestan las partes interesadas a las investigaciones de la justicia.

No se cite a Inglaterra. El pueblo inglés es tenaz en ejercer por sí mismo los derechos propios, y por eso se le llama el país del *self-government*. Otras son las costumbres y tendencias del pueblo italiano.

Duele el decirlo; pero muy bien se ve en Italia, no obstante gritar mucho en pro de la libertad, fácilmente abdicar a favor del Poder el ejercicio de todo derecho que lleva consigo incomodidad y molestia. Será torpe la tendencia de nuestro pueblo de descargar sobre el Poder la tarea de garantir la seguridad personal de cada uno antes que contar consigo mismo, como el pueblo inglés, que se gobierna, administra y juzga por sí, pero ésta es nuestra actual condición: somos demasiado jóvenes en la vida de la libertad. Por otro lado, la anglomanía nos causa un mal positivo, y no deben desconocerse las funestas consecuencias que en Inglaterra ha producido el ejercicio de la acción penal popular (1).

Es menester sean las leyes modeladas sobre el estado de civilización del pueblo en el que han de plantearse.

Zanardelli, es cierto, en el nuevo proyecto de Código penal instituye la libre acusación popular; pero sólo para las contravenciones de policía (2). El legislador debe ser muy práctico.

---

(1) Rondeau, *Della riforma della procedura criminale in Francia.*

(2) Zanardelli, *Relazione.*

XXV

Una última cuestión ofrece la organización del Ministerio público, que, si bien no es esencial, tiene verdadera e incontrastable importancia, esto es, cómo debe organizarse en las Preturas. Entre nosotros, lo mismo que en Francia, el Ministerio fiscal en las Preturas es una ironía. Estas funciones deben ser ejercidas o por un oidor o un adjunto judicial. Nos parece poco acertado, desde el punto de vista jurídico, las desempeñen un vicepretor, un delegado de seguridad pública, un síndico, un vicesíndico, un miembro del Consejo municipal, el secretario municipal, su sustituto, un abogado, un procurador o un notario.

Algunos concejales y síndicos apenas saben leer y escriben difícilmente su nombre y apellido: son campesinos y obreros ignorantes. No es digno se desempeñen las funciones del Ministerio público en la Pretura por un individuo autómata que, muchas veces deletreando, repite lo que en voz baja le dice el pretor. Recordamos un fiscal, en una de las importantes Preturas de la Calabria, pedir en causa de insignificante entidad jurídica cinco años de cárcel. Tal requisitoria fué acogida por el público de un modo poco respetuoso.

Las instituciones sociales deben ser serias.

Una institución judicial ha de estar rodeada de todas aquellas garantías de ciencia, integridad, independencia; en suma, de aquella aureola de prestigio que la ponga al nivel del noble oficio que le está reservado en un Estado como el nuestro regido por instuciones libres.

XXVI

Fundado en las ideas expuestas, afirmamos los siguientes principios de organización del Ministerio fiscal:

a) Independencia absoluta del Poder ejecutivo (1).

b) Inamovilidad del cargo, como en la Judicatura (2).

---

(1) C. Cesarini, *I cooperatori della magistratura giudicante. Osservazioni e confronti a proposito di alcune recenti proposte di riforma giudiziaria. Rivista penale di dottrina, legislazione,* etc., vol. XXII (II della seconda serie), fasc. V, disp. 9.ª, pág. 405.

Manfredini, *Programma del Corso di Diritto giudiziario civile:* vol. I, *L'ordinamento giudiziario*, págs. 451 y siguientes.

E. Colapietra, *Relazione statistica dei lavori giuridici compiuti nel distretto della Corte d'Appello di Roma nell'anno* 1885, páginas 33 á 35.

Jousserrandot, *Du pouvoir judiciaire et de son organisation en France.*

Jousserrandot, *Du pouvoir judiciaire. Lettre à M. Jules Favre.*

Clappier, *L'organisation judiciaire depuis* 1879.

(2) Cesarini, ob. cit., pág. 422.

F. La Francesca, *Del pubblico Ministero nell'Ordine giudiziario.*

Manfredini, ob. cit., págs. 455 a 495.

Bonasi, *La Magistratura en Italia,* págs. 54, 60 y 157.

G. Podrecca del Torre, ob. cit., págs. 246 a 261, 299 a 310 y 378.

G. Sangiorgi, *Il Diritto giudiziario italiano.*

E. Colapietra, *Rel. cit.*, págs. 33 a 35.

F. Manduca, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel distretto della Corte d'Appello di Cagliari nell'anno* 1884.

Aprovechamos esta ocasión para manifestar nuestro más sincero agradecimiento al docto e ilustre Magistrado, primer Presidente, Carlos Cesarini, y al insigne publicista L. Luccini, por la lisonjera acogida que han hecho a esta *Relación*,

c) Independencia, libertad absoluta en el ejercicio de la acción penal, aun con relación a la persona ofendida o perjudicada por el delito.

d) Exclusivismo en el ejercicio de la acción penal desde el primer momento del proceso hasta la resolución definitiva.

e) Intervención del Ministerio fiscal en el juicio civil (1).

---

el primero en su profundo trabajo *La magistratura italiana nella sua giurisdizione é gerarchia,* inserto en la *Rivista penale*, y el segundo en su meditada *Rassegna critico-statistico comparata dei Discorsi d'apertura per l'anno giudiziario* 1885, publicada también en la *Rivista penale.*

(1) Cesarini, ob. cit.

La Francesca, ob. cit.

De Falco, *Discursos inaugurales citados.*

Municchi, *Discurso inaugural citado.*

Marinelli, *Relazione statistica*, 1884.

Pessina, *Discursos citados.*

La intervención del Ministerio fiscal en el juicio civil, defendida por la Comisión de los Quince, relator Correnti, de 24 de Abril de 1866;—por el Ministro Guardasellos De Filippo en su proyecto presentado a la Cámara en 18 de Abril de 1868;—por el Ministro Guardasellos Raeli en el apéndice *D* del proyecto financiero presentado a la Cámara por el Ministro de Hacienda Sella en 10 de Marzo de 1870;—por el diputado Mazzioti en su proposición del 23 de Marzo de 1870;—por el Senador Vacca en su proposición hecha al Senado en 3 de Mayo de 1870;—por el senador Borgatti en el proyecto presentado a la alta Asamblea en 3 de Abril de 1873, y finalmente en el proyecto del Guardasellos Vigliani presentado al Senado en 15 de Febrero de 1875, que, discutido y votado por las dos Cámaras, fué ley en 28 de Diciembre de 1875, núm. 2.781, han producido efectos desgraciados para el prestigio del noble instituto, porque, dice Cesarini, no puede ser buen magistrado penal quien no esté penetrado de los asuntos civiles. Sin este cúmulo de doctrina no pueden ser más que medianos magistrados con grave detrimento de la administración de justicia, y por esto los antiguos fiscales pasados a la judicatura no desempeñan bien su misión.

Estos principios en los cuales debe basarse la reforma del Ministerio fiscal son defendidos por Jousserandot, Chappier, Poitou, Dupin, Maleot, Gambetta, Simon, Favre, Brisson, Mangin, Mirabelli, Conforti, Cesarini, Bortolucci, Bonasi, Lozzi, La Francesca, Borsani, Casorati, Villa, Zanardelli, Pessina, Tajani y otras ilustraciones de la ciencia del derecho (1).

(1) Un solo escritor sostiene la completa supresión del Ministerio fiscal, Mortara, en su trabajo *L'stato moderno e la giustizia.* Después de reprobar, como opuesto a los principios del derecho público, el concepto de nombramiento de mandatarios del Poder ejecutivo para sobrellevar la tarea de la autoridad judicial, declara que la supresión del Ministerio público es natural consecuencia de las premisas sentadas; esto es, la radical separación de la justicia civil de la penal y la extensión del juicio por jurados a todos los negocios de este último género. Las funciones de acusación no pueden ni deben jamás ir unidas a las de inquisición e instrucción, ejercitables todas en cada causa por el mismo juez; las otras atribuciones que la ley difiere en materia civil y administrativa deben ser objeto de otras tantas delegaciones especiales, alternando los varios miembros de los diversos grados de la judicatura; por último, la facultad de recurrir en interés de la ley y la obligación taxativa de hacerlo en los casos de condenas capitales deben ser devueltas al juez que sostiene la acusación ante el Jurado, no siendo en casación necesaria la intervención de ningún orador, porque, cualquiera que sea el interés, se encuentra ya protegido por la ciencia la rectitud y la eminente posición de aquel Supremo Tribunal.

¡El nihilismo en el orden jurídico!

La primera tesis de Mortara, la radical supresión del Ministerio público y la extensión del juicio por jurados, no merece discutirse. Es parto de una acalorada fantasía.

El sistema de las delegaciones especiales es, como hemos demostrado, totalmente erróneo. Confundir en una sola familia magistrados, jueces y requirentes, no se puede admitir tanto por los principios del derecho público interno como por los del derecho judicial.—De un modo magistral lo demostró un docto magistrado que ha tiempo honró la magistratura requirente: Cesarini.—Dice: «El Ministerio fiscal es una fuerza exenta de pasión, llena de alta moralidad; procura de conti-

Para nosotros el oficio judicial es, más que una función, un poder. Por esto el favoritismo, el servilismo que deshonra, humilla el poder más noble e importante del Estado.

---

nuo, con fatigosa y animosa vigilancia, la defensa del derecho y de la común libertad... Por consiguiente, si se transformara en simple misión temporal y revocable de la magistratura judicial y en ella fuera absorbido, ésta quedaría profundamente alterada y su independencia mucho más comprometida, encontrándose enteramente a disposición del Poder ejecutivo y expuesta más fácilmente a la influencia política, de la cual se quería librar. El Ministerio público quedaría, pues, por esta extraña confusión, suprimido, o, por lo menos, grandemente desnaturalizado en la índole, en el destino y en su propio oficio; por el contrario, debe desenvolverse distinto y separado por la misma naturaleza de sus funciones, que exigen aptitudes especiales, diferentes de las del juez.»— Cesarini, ob. cit., pág. 415.

La supresión del Ministerio fiscal como un orden de funcionarios propio y distinto de la magistratura judicial responde a una idea tradicional en las provincias del Mediodía (Ley orgánica del 29 de Marzo de 1817), criterio legislativo que todavía no ha sido robustecido por ningún otro ejemplo en las legislaciones de los pueblos civilizados. La doctrina de Righi, Podrecca, Ratti y otros no es racional, porque, como en el texto hemos demostrado, buena prueba se vió en el reino de las Dos Sicilias bajo diverso régimen político, que se diferencia muchísimo del ambiente del parlamentarismo moderno, y una organización que dista mil leguas de la actual.

Algunos, para mostrar la poca utilidad del Ministerio fiscal, citan a Inglaterra y la Comisión nombrada en esta nación libre para averiguar cómo funcionaba el *Director of public prosecution*, instituído por la ley de 1879, y el informe de la Comisión publicado en 9 de Mayo de 1884, por el cual, como se ve en los periódicos ingleses, parece no correspondió a las esperanzas del público. Pero nada vale esta observación. Las instituciones sociales, jurídicas, económicas en un principio, encuentran dificultad en cuanto a su funcionamiento. Lo que podemos hacer notar que mientras el Ministerio fiscal progresa hasta en la Finlandia y es sostenido en Montgomerry, sólo en Italia se quiere desaparezca.

La magistratura italiana es necesario sea realzada moral, económica y políticamente. Es la aspiración ardiente, santa, de la ciencia.

En la apertura de la décimaquinta legislatura, sesión del 22 de Noviembre de 1888, el Rey Humberto declaraba que su Gobierno había estudiado el arduo problema de la organización judicial para hacer más *rápidos* y más *seguros* los juicios, y para *elevar* la magistratura a la *altura* que responda a su *noble misión*. El discurso real abarca todo el campo de la reforma: la moral, la intelectual, la financiera y la política.

En lo que se refiere a la reforma política, aceptamos el principio defendido por Spaventa, Minghetti, Zanardelli, Lozzi, Pessina, Farini, Pironti, Bortolucci, Bonasi, Cesarini y otros, que la política no debe entrar en la administración de justicia; pero no creemos racional se exija al magistrado de un Gobierno libre no tenga una fe política, especialmente en tiempos que la existencia bien delineada de los partidos políticos es uno de los factores de los Gobiernos parlamentarios, como han demostrado ilustres publicistas y hombres de Estado: Burke, Röhmer, Macaulay, Bluntschli, Balbo, Minghetti, Laveley y otros (1).

No queremos entrar en la cuestión de orden constitucional suscitada hoy por reputados escritores, Herbert Spencer, Roberti, Oyeay Semoza, Majorana, Persico, Corleo, Bhonghi, Spaventa, Palma, etc., sobre el parlamentarismo; pero sin pecar de intolerantes, creemos son en el magistrado faltas graves el

(1) Legislación española: «No podrán los jueces, magistrados y Tribunales: ... 5.° Mezclarse en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político, aunque sean permitidos a los demás ciudadanos.» Ley orgánica del Poder judicial, art. 7.°

pauperismo, el ignorantismo, el ultramontanismo, el radicalismo y el obscurantismo. Dice Mantegazza, en *Quadri della natura umana*, es inmoral en el hombre de Gobierno, como ha acontecido en Francia, contrariar las tendencias de la ciencia que escuelas y generaciones en perpetuo turno empujan adelante.

«En un Estado libre, el empleado, por servir a la nación, no deja de ser ciudadano libre: tiene interés, voluntad, sentimientos propios que es plenamente legítimo haga valer con su voto; él sirve al Estado, no a un Ministro o un partido en mayoría», escribe el profesor Palma (1).

Este es el sistema de la Francia nueva.

Una gloria italiana, León Gambetta, lo sostuvo en sus discursos de Ronuans y Belleville, y lo han repetido todos los Ministros de la Francia republicana: Dufaure, Simón, Waddington, Freycinet, Ferry, Brisson. Lo dejó dicho en su testamento político un gran repúblico, el Presidente Garfield, cuando en la Casa Blanca emprendía la obra de restauración moral y civil, interrumpida por la mano de un asesino.

Entre nosotros lo ha defendido indirectamente el Abogado general de la Corte de Casación de Nápoles, La Francesca (2); lo hemos defendido en todas nuestras Relaciones estadísticas (3).

Favre escribía: «La pobreza en un magistrado es cruel; las ideas reaccionarias o anárquicas es inmoral (4).»

---

(1) Palma, *Corso di diritto costituzionale*, tomo II.
(2) La Francesca, *Relazione statistica del* 4 *gennaio* 1878.
(3) Manduca, *Relazione statistica del* 5 *gennaio* 1882.
(4) Favre, ob. cit., pág. 49.
V. Cazot, Proyecto de reforma judicial presentado el 31 de Mayo de 1880 a la Cámara francesa.

XXVII

La Sección de acusación como jurisdicción instructoria, ¿tiene razón de existir? Sostenemos la negativa.

El mejoramiento de nuestras instituciones jurídicas penales, decía el Ministro Guardasellos Villa, tiene por objetivo la actuación gradual del sistema acusatorio, el cual ofrece la seguridad de la libertad civil, recuerda los tiempos de oro de la República romana... se da así al principio acusatorio un mayor desenvolvimiento del que hasta ahora había tenido en los juicios penales (1).

Sentado este concepto general, no comprendemos se subordine el ejercicio de la acción pública al examen y deliberaciones de un Colegio de jueces. Además de significar confusión de la judicatura y Ministerio fiscal y acusación pública, de la acción con el juicio, repugna a la idea racional del conflicto judicial de las partes, la más natural y más conveniente al espíritu de nuestras libres organizaciones (2).

En el desarrollo solemne de un proceso penal no han de verse más que tres figuras: el acusador, el acusado y el juez.

Otra jurisdicción, teniendo por objeto se confirme la legitimidad de la acusación, complica artificialmente la tramitación, riñe con la independencia, libertad y exclusivismo del ejercicio de la acción pe-

(1) Relazione ministeriale sul disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati dal Ministro di Grazia y Justizia e dei Cultevilla, nella tornata del 9 de Marzo 1880. *Bolletino ufficiale*, anno I, núm. 29.

(2) Guardasellos Villa, *Relazione ministeriale* cit.

nal por el Ministerio público. Examen de la acusación, obligación del fiscal a seguir las reglas de la judicatura, se opone a la independencia que tiene en el desenvolvimiento de la acción penal; independencia y libertad que se muestran en todo su poder cuando provoca por citación directa o directísima el juicio definitivo de culpabilidad sobre noticias incompletas, recogidas por la clase inferior de oficiales de policía judicial y aun extrajudicialmente por medio de persona no revestida de carácter público. Es una inspección que no da ninguna garantía a la sociedad y al individuo. El examen de la acusación es una ingerencia que, como la Cámara del Consejo, tiene por necesario efecto retardar el juicio y prolongar, alguna vez injustamente, la prisión preventiva del acusado, que en el actual estado de moralidad es inevitable.

La Sección de acusación no es una garantía para la sociedad, porque la inocencia no está garantida en medio del secreto que rodea sus deliberaciones, porque con frecuencia los jueces no examinan bien los autos procesales o descansando tranquilamente en el representante del poder social, dejan de hacer un concienzudo estudio de los resultados de la instructoria.

Casi siempre las resoluciones de la Sección de acusación están conformes con las requisitorias del Ministerio público. Difícilmente se separa de la petición fiscal, ya por la armonía, por la concordia que existe entre todos los componentes de la magistratura, ya por la convicción de que los autos procesales han sido bien examinados y apreciados, ya porque difícilmente se puede leer la voluminosa mole de procesos que llegan de los Tribunales sometidos a su jurisdicción.

La Sección de acusación puede también hacer que alguna vez el fiscal aventure una requisitoria de remisión, confiando en que los autos serán estudiados y apreciados con madurez, y aquélla a su vez los mire superficialmente, segura de que han sido examinados con el mayor detenimiento por el Ministerio público. Así, dice Cesarini, la responsabilidad de la acusación se echa recíprocamente del Ministerio fiscal a los jueces (1). Es una verdad conocida por todo el que de cerca la ha observado. Algunas instituciones jurídicas es necesario verlas de cerca. Su estudio práctico hace pierdan mucho de su brillante apariencia. Su mecanismo debe examinarse en la práctica. ¡Cuántas pierden en ella gran parte de su valor!

La Sección de acusación no sólo no puede considerarse como una garantía para la sociedad, sino que tampoco es para el acusado, porque además de prolongar el estado de incertidumbre la detención preventiva y retardar y alejar el momento del juicio y neutralizar la prueba, sea de la culpabilidad, sea de la inocencia, una resolución de tres magistrados tiene influjo positivo sobre los juicios del Tribunal, cuando el delito es correccionalizado y proyecta luz, que puede ser siniestra, en los debates ante el Jurado.

No es ventajosa al Estado ni al individuo; no es, como afirmó Hélie (2) y luego Rondeau (3), una de las más bellas creaciones del procedimiento penal, el principal fundamento de una buena administración de justicia y la más eficaz tutela de la civilización moderna. Antes de Hélie y Rondeau fue defendida

(1) Cesarini, ob. cit., § VIII, pág. 203.
(2) Hélie, ob. cit., vol. II, § 2.791.
(3) Rondeau, *Della riforma della procedura criminale in Francia.*

por Monstesquieu (1), Constant (2), Blackstone (3), Mittermaier (4), pero el progreso de la ciencia ha demostrado no ser racional.

El Ministerio público, árbitro y responsable de la acusación, un solo juicio desarrollado ante la Corte de las Asisas entre el acusador, el fiscal y el acusado, es el concepto que más se acerca al tipo primitivo y originario de la acusación penal. Ilustres juriconsultos (5) y el nuevo Código de procedimiento penal austriaco confirman nuestras ideas (6) (7).

XXVIII

La apreciación previa de la acusación ha tenido su razón de ser como todos los institutos jurídicos. El gran Jurado de acusación de Inglaterra, de Irlanda, de la América septentrional (8) y de Francia en 1789,

---

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*.

(2) Constant, *Comento alla Sciencia della legislazione di G. Filangieri*, lib. III, cap. I, pág. 3.

(3) Blackstone, ob. cit., lib. IV, cap. III.

(4) Mittermaier, *Teoria della prova nel processo penale*, capítulo II, pág. 1.

(5) Carrara, *Invio a giudizio in Austria ed in Italia*, opuscoli V, VI.

Casorati, *Il processo penale e la sua riforma*, pág. 338.

Cesarini, ob. cit., pág. 206.

Villa, *Relazione al Progetto presentato alla Camera dei deputati* del 19 Marzo 1880.

(6) Código austrohúngaro de procedimiento penal de 1873.

(7) En la legislación española no existe la Sección de acusación. El mismo Tribunal que ha de conocer de la causa en juicio oral y público es el que acuerda si procede o no la apertura del juicio.

(8) Mittermaier, *Della procedura in Inghilterra, Scozia ed America*, § 15.

circunscrito a los angostos límites de la organización del juicio penal (1), el juez instructor, la Cámara del Consejo, la Cámara de acusación; en suma, un juicio popular, un juicio singular, un juicio colegial, es el desarrollo histórico de tal jurisdicción (2).

Esta mutabilidad, imagen de la inquietud; esta perpetua aspiración a lo mejor, que se resuelve en la estéril tarea de deshacer hoy lo que se ha hecho ayer, denota claramente que el pensamiento del legislador vaga en la incertidumbre, porque, como dicen Borsani y Casorati, probablemente no ha encontrado el camino que conduce al término (3).

Si, pues, la Sección de acusación no sirve de garantía a la sociedad ni al imputado, porqne no tiene el poder de mantener íntegra la doble condición del proceso penal, justicia rápida e ilustrada, debe suprimirse.

Pero, gritan los que desconfían del representante del Poder social, es necesario conciliar los intereses colectivos con la tutela de la libertad individual; es menester prevenir las acusaciones temerarias e infundadas; es decir, crear una inspección de la acción independiente del Ministerio público.

Y replicamos nosotros: esto se logra con la extensión de los derechos de la defensa, facultándola para recurrir contra los actos de la acusación realizados y ejercidos por el fiscal a la Corte de apelación, Sección penal, suscitando así contienda y amparando la libertad individual y manteniendo dentro de sus res-

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., § 863.
(2) Idem, ob. cit., § 863, vol. III.
(3) Idem, ob. cit., § 863, vol. III.
Casorati, ob. cit.

pectivos y varios límites la acción acusatoria, la acción defensiva y la acción judicial. Profesamos el sistema del Código de procedimiento penal austro-húngaro de 1873 en los §§ 208 y 210, comentados por Geyer (1): independencia de la función propia del Ministerio público, exclusión del examen del ejercicio del derecho de acusación; en una palabra, sustitución de la ilegítima ingerencia preventiva de la magistratura judicial. Un solo juicio entre magistrado acusador y el acusado: contienda de las partes. La misma teoría expuesta por dos ilustres publicistas: abrir en la Cámara del Consejo y en la Sección de acusación un juicio oral y público, con recepción de testigos y audiencia del acusado antes de deliberar sobre la remisión al juicio (2), tampoco nos agrada, porque, como observa Cesarini, no sería más que una inútil superfetación y una representación peligrosa y anticipada del debate, que quedaría reducido a un simple epílogo (3)

Pessina opina debe suprimirse la Cámara del Consejo y crear la Corte de Justicia penal provincial, con la doble misión de legitimar el arresto y examinar y legitimar la acusación mediante un juicio público, reservándose al definitivo el examen oral: así, dice, se harían resucitar en muchos Centros provinciales las brillantes polémicas de otro tiempo acerca de los problemas penales (4).

Es muy discutible esta idea en la práctica. Sería

(1) Geyer, *Le projet de Code allemand de proc. criminelle. Rivista di diritto intarnazionale*, tomo V, pág. 431.

(2) Favre, *De la réforme judic.*, pág. 132.

Chedieu, *La Commiszion de réforme du Code d'Instruct. crim. en France. Revue de droit international*, tomo II, págs. 441 a 447.

(3) Cesarini, ob. cit., págs. 204 y 205.

(4) Pessina, *Disc. cits.*, pág. 19.

un juicio bello y bueno, que podría ser fatal al acusado en la hipótesis de la remisión al Jurado. Prolongaría las molestias que sufre el acusado, pues una vez admitida la contradicción, la oralidad y la publicidad, se deberían admitir todos los recursos, tanto a la acusación como a la defensa, contra la sentencia de la Corte de Justicia provincial. ¿Y a qué se reduciría, después de una larga discusión, el juicio definitivo ante el magistrado, que no tiene más que buen sentido?

Ciertamente, el juicio definitivo no ofrecería las garantías necesarias a la sociedad y al individuo.

Sosteniendo la supresión del juicio de acusación, no entraremos en el examen de si es útil o no el acta de acusación en su forma actual, que supone aquel.

Es doctrina desenvuelta por Hélie, Boneville, De Marsangy, Borsani y Casorati, Bettoni, Luccini, Manfredi, Saluto, Vacca y otros, la coexistencia de la sentencia y del acta de acusación como resultado necesario de nuestro sistema acusatorio. El acta de acusación no es más que la citación en el juicio civil. Es una garantía del acusado, que tiene derecho a conocer en qué fundamentos se apoya el acusador público para poder defenderse.

El proyecto belga (1), el húngaro (2), el de Nueva York (3), la legislación escocesa (4), admiten el acta de acusación.

---

(1) Proyecto de Código de procedimiento penal belga, presentado a la Cámara en la sesión del 5 de Marzo de 1879 por el Ministro Bara, libros I y II.

(2) Proyecto húngaro, artículos 385 y 389. *Rivista penale*, vol. XIII, págs. 280 y siguientes.

(3) Proyecto de Código de procedimiento penal para el Estado de Nueva York, artículos 388, núm. 1.°

(4) Glaser, *La formazione dei quesiti nel procedimento mediante giurati.*

Expuesto nuestro sistema, y manifestadas nuestras aspiraciones sobre las jurisdicciones instructorias, explicaremos brevemente las ideas que profesamos acerca de las jurisdicciones judiciales.

XXIX

Corresponde la jurisdicción judicial o decisoria en nuestra legislación:

a) A los pretores.
b) A los Tribunales.
c) A la Corte, Sección correccional.
d) A la Corte de las Asisas.
e) A la Corte de Casación.

Haremos breves observaciones sobre los cinco institutos jurídicos, que se sintetizan en la institución juez.

XXX

Después de hechas indicaciones sobre la organización, jurisdicción instructoria y judicial de los pretores, no nos resta más que insistir en nuestras ideas, hijas del más íntimo convencimiento.

Por decreto real del 12 de Noviembre de 1883 se creó una Comisión encargada de estudiar un proyecto de reforma judicial.

Righi presentó su Relación, y en ella consignó los principios que informaron los trabajos de la Comi-

---

Glaser, *Dei rapporti della magistratura giudicante e la giuria. Rivista penale*, vol. XII, págs. 325 y 433.

Idem, *L'apertura del procedimento principale.*

sión y los desenvolvió y defendió docta y ampliamente. En cuanto a los pretores, la Comisión creyó resolver las graves cuestiones suscitadas por la ciencia con la supresión de todos los Tribunales civiles y correccionales, substituyéndolos por los pretores, transformados para todas las materias en jueces únicos de primer grado (1).

Defensores de la colegialidad, no admitimos las ideas en que se basa. El juez único no elevaría la magistratura y la justicia.

Es poco democrático; es sistema de concentración y, por lo tanto, no liberal. Es la evocación de un pasado que no debe volver a tener vida en un ambiente social eminentemente progresista. Todos los hombres templados en la práctica de la vida lo conceptúan falso; Sclopis, Cesarini, Mancini, Sclialoia, Pisanelli, Oliva, Borgnini, De Falco, Ratti, Bonasi, Bortolucci, Pessina y otros, le juzgan poco racional. «La suerte de la tutela jurídica, lo diré también de una vez, se pone en manos del arbitrio y del acaso», escribe Carrara (2), y antes que Carrara lo habían dicho Montesquieu (3) y Maquiavelo (4).

Righi apoya el juez único, no en principios científicos, sino sobre conceptos de hecho inexactos.

«En verdad, dice, no hay quien ignore que la colegialidad en el mayor número de los casos tiende a

(1) Righi, *Relazione cit.*, pág. 106.
Manfredini, ob. cit, pág. 364.
Carcani, *L'amministrazione della giustizia in Italia: Studi e proposte*, pág. 275.

(2) Carrara, *Pensieri intorno ad alcuni progetti sulla economia della finanza italiana*, pág. 30.

(3) Montesquieu, ob. cit., vol. I, pág. 181.

(4) Machiavelli, *Discorsi sopra la prima deca di Tito Livio*, página 108.

autorizar la inacción de la mayoría de los jueces que intervienen, los cuales, sabiendo pueden deferir al que está obligado por su oficio presidencial a seguir el desenvolvimiento de la causa, no se preocupan de formar un juicio adecuado, y están prontos y dispuestos a seguir el parecer que les expondrá el encargado de redactar la sentencia» (1).

Una falsa idea lleva a consecuencias falsas.

Aparte de raras excepciones, las providencias del juez son resultado de la discusión.—Es una equivocación suponer que el colegio crea una responsabilidad innominada y ficticia, y sofoca y destruye la responsabilidad personal más verdadera y segura.

De Falco dice:

«El juez único no tendría entre nosotros ni autoridad ni independencia; sus decisiones inspirarían poca confianza, y muchas veces no tendrían la madurez que se requiere en la solución de las grandes cuestiones» (2).

Es un error perjudicial la abolición del juez colegiado y la supresión de los Tribunales, proclamando la omnisciencia y la omnipotencia del pretor único.

El pensamiento del publicista inglés Bentham, hoy criticado por otro ilustre publicista inglés, Stuart Mill, no es más que la consecuencia de un falso sistema financiero.

Un sabio magistrado, al demostrar lo erróneo de la teoría del juez único, escribe: «Dejemos de ver y

---

(1) Relación de la Comisión creada por el Ministro Guardasellos para estudiar algunas reformas propuestas en la organización judicial.

(2) De Falco, *Discorso inaugurale*, 1884.
Idem, *Discorso inaugurale*, 1885.

considerar las reformas judiciales como otros tantos expedientes económicos» (1).

Las modernas doctrinas romanas sobre este punto no encuentran apoyo en la evolución de la ciencia del derecho.

El ejemplo de Inglaterra y del antiguo reino lombardo no puede citarse por la esencial diversidad de su organización jurídica.

A decirlo con toda claridad, invocar el derecho judicial inglés cuyo origen y principios son eminentemente feudales (2), raya en el absurdo político y jurídico; es negar la ley del progreso.

Imítese mejor la nación más docta y más fuerte de Europa, el Imperio germánico, que ha adoptado la colegialidad.

España tenía el juez único, y por la ley de 15 de Septiembre de 1870 ha establecido el Tribunal colegiado (3).

Deben las instituciones jurídicas caminar a la par de las instituciones políticas y procesales: para consolidarse, para alcanzar su propósito y obtener confianza y respeto, es necesario se basen en las condiciones sociales y en las costumbres del país y responder a sus ideas y a sus hábitos.

El derecho judicial no puede ser más que el espejo del derecho público interno. Son postulados que

---

(1) Cesarini, ob. cit., págs. 17 y siguientes.

V. Joussenrandot, *Le magistrat unique et le jury facultatif. Revue de la Réforme judiciaire.*

(2) Glasson, *Storia del diritto e delle istituzioni politiche, civile e giudiziarie dell'Inghilterra.*

Lahr, *Elementi di diritto civile inglese.*

(3) Esta ley no se llevó a la práctica. Todavía hoy no tenemos en lo civil Tribunales colegiados de primera instancia.

afirma la nueva escuela de derecho público interno (1). La libertad del mundo romano no se asemeja a nuestra libertad. La organización política de los romanos sería para nosotros una organización despótica, sin libertad.—Las modernas ideas políticas eran desconocidas de los romanos, cuyo derecho político se fundaba en principios diversos de los de nuestro derecho público, que tiene por base la libertad verdadera, la libertad sin privilegios, la libertad democrática. Engruesa la falange de abolicionistas de la colegialidad, porque el juez único significa economía; pero las consideraciones financieras no deben tenerse en cuenta en la administración de justicia. El prestigio del Poder judicial no se aumenta con reducir el número de magistrados.

Zuppeta dice: «Menos sentimentalismo y más raciocinio».

Hemos siempre defendido la colegialidad (2).

XXXI

En cuanto a los Tribunales civiles y correccionales, varias son las cuestiones que comprende el problema de la organización de la justicia correccional.

La ciencia se envanece con doctos trabajos. Cesarini (3), Ratti (4), Bortolucci (5), Podrecca (6), Car-

(1) Bluntschli, *La politica como scienza*, cap. III, págs. 20 y iguientes.

(2) F. Manduca, *Relazione statistica del* 1885: Cagliari, 1885.

(3) Cesarini, ob. cit.

(4) Ratti, ob. cit.

(5) Bortolucci, ob. cit.

(6) Podrecca, ob. cit.

cani (1), Manfredini (2), Righi (3), Mortara (4), Sangiorgi (5), han publicado estudios muy apreciables.

No repetiremos nuestras aspiraciones.—Solamente hemos de añadir es necesaria la extensión del artículo 78 de la ley de organización judicial al juez instructor, y el aumento del número de votantes hasta cuatro. Así desaparecerá la diversidad de composición entre el Tribunal correccional y la Corte, Sección de las apelaciones correccionales.

La abolición de la apelación en lo penal, es cuestión que no se encuentra en estado de poder resolverse. Los datos estadísticos no nos demuestran todavía la justicia, la conveniencia del sistema.

Al ejercer nuestras funciones hemos tenido tiempo de estudiar de cerca la apelación en lo penal, y muchas veces hemos visto, con dolor, algunas sentencias del Tribunal, más escandalosas que los veredictos de los jurados. Hasta que la magistratura no sea elevada intelectual y económicamente; hasta que la retribución del magistrado, de este obrero del pensamiento, no represente algo más que una miserable limosna que humilla, en vano se esperará encontrar magistrados que estén a la altura de su misión. El verdadero mérito difícilmente quiere una divisa honrosa sí, pero llena de tribulaciones. Se debería comenzar por realzar desde el punto de vista intelectual y económico la pequeña magistratura, porque en caso contrario tendremos nombramientos que mueven a piedad. Hablemos con franqueza: un joven,

(1) Carcani, ob. cit.
(2) Manfredini, ob. cit.
(3) Righi, ob. cit.
(4) Mortara, ob. cit.
(5) Sangiorgi, ob. cit.

que puede seguir una carrera que da también honor y riqueza, no acepta un puesto de pretor para arrastrar la vida en la miseria y en lugares destinados más a expiación de un destierro que al ejercicio de un cargo. Esta joven magistratura, que no ofrece garantía cuando entra en la carrera, difícilmente puede darla en una edad avanzada, en la edad de los desengaños, al formar parte de un Tribunal colegiado. De aquí algunas sentencias de Tribunales colegiados que dan rubor. Cesarini (1) y Mortara (2) han escrito páginas ardientes sobre el nombramiento y la personalidad de los pretores. Sin la elevación económica es imposible sean magistrados doctos; podemos ser por excepción: sólo los locos pueden emprender una carrera que lleva vida activísima, vida nómada, vida que destruye afectos y fortuna; a menudo el magistrado, casi siempre con familia, es obligado a hacer viajes poco románticos: un traslado de Messina a Cagliari, de Sasari a Spoleto, desde los confines de la Italia septentrional a los confines de la Italia insular, no puede ser muy grato a un magistrado no joven, cansado por largos servicios, con muchos hijos, a los que tiene el deber de dar una carrera y que cuenta por lo general con escasos medios. Hasta que la magistratura no sea dignamente retribuída, no podrá haber, más que por excepción, hombres competentes; y sin este factor de recta justicia, no se puede pedir el planteamiento de algunas teorías que suponen ante todo la garantía del mérito. Son conceptos duros; pero es necesario abandonar de una vez el malaventurado sentimentalismo. Léanse las bien escritas pá-

(1) Cesarini, ob. cit., págs. 18 y siguientes.
(2) Mortara, ob. cit., pág. 145.

ginas de ilustres magistrados, Cesarini (1), Mirabelli (2), Lozzi (3), Ellero (4), Ratti (5), y se formará el convencimiento de que algunas instituciones jurídicas deben estudiarse de cerca.

Volviendo a las reformas defendidas por doctos escritores, no creemos por ahora se deba modificar radicalmente la organización de los Tribunales. Somos opuestos al juez único correccional, a la extensión de la competencia penal de los pretores, a los Tribunales ambulantes de pretura colegial, a los Tribunales colegiados de pretura fijos, al Scabinato y a la supresión de la apelación en lo penal. El Scabinato es defendido por Mancini (6), Pessina (7), Mirabelli (8), Ferraris (9), Carcani (10), Dubois (11), Oelz (12), Weeber, Dinsti y otros.

Reunir en un sólo cuerpo colegiado jueces y legos no nos agrada; el magistrado togado absorbe al magistrado popular.

«El Scabinato, bajo la hipócrita apariencia de una limitación a los posibles errores del juez togado, dice

(1) Cesarini, ob. cit.
(2) Mirabelli, ob. cit.
(3) Lozzi, ob. cit.
(4) Ellero, *Scritti politici*, L, pág. 87.
(5) Ratti, ob. cit.
(6) Mancini, *Sul miglioramento delle condizioni morali e materiali della magistratura in Italia.*
(7) Pessina, *Lo scabinato nelle moderne legislazioni germaniche. Opuscoli di diritto penale.*
(8) Mirabelli, *Statistica giudiziaria*, pág. 106.
(9) Ferraris, *I giurati e gli scabini nell'ordinamento giudiziario germanico. Archivio giuridico*, vol. XI, pág. 93.
(10) Carcani, ob. cit., pág. 26.
(11) Dubois, *Projet des la loi sur la suppression du Jury et sur son reemplacement en Allemagne par les tribunaux d'echevins. Revue critique de législat. et de juris.* Fevrier 1874.
(12) Cesarini, ob. cit., págs. 94 y siguientes.

Glaser, hace formidable su poder, disminuyendo su responsabilidad ante la opinión pública» (1).

Y a la verdad, ¿cómo se quiere apreciar la ciencia del derecho penal un arte cualquiera que se aprende por sólo el buen sentido, o como una ciencia vasta que necesita duros y severos estudios? Sólo los extraños a la ciencia penal, los autómatas del derecho, diremos con Carrara (2), los pobres de inteligencia, pueden dudar de la importancia adquirida hoy por el derecho penal. La ciencia penal comprende un campo muy extenso. Pertenece al número de las ciencias antropológicas y sociológicas (3). Si no puede esto negarse, es deducción lógica que la conciencia de los scabinos no será otra que el reflejo de la conciencia de los magistrados.

¿No es puro idealismo suponer que gente por lo general de poca cultura científica, ignorante de los elementales principios del derecho penal, no educada ni para la crítica ni para la dialéctica, tan necesarias en la discusión, pueda encontrarse en condición de contender sobre el examen de la culpabilidad, tentativa, complicidad, correalidad, eximentes y otros puntos que con frecuencia es menester dilucidar?

¿Pueden tener los scabinos suficiente inteligencia para ponerse frente la autoridad moral e intelectual

---

(1) Glaser, discusión del proyecto en el Reichsratch austriaco. Sesiones del 22 y 24 de Mayo de 1872 en la Cámara de Diputados.

(2) Carrara, *Necesità di profondi studi giuridici. Opuscoli*, vol. I, pág. 89.

(3) Ferri, ob. cit.

Brusa, *Appunti per una introduzione*, etc.

Puglia, *Prolegomeni allo studio del diritto positivo*, cap. III.—Lombroso, Sergi, Tamassia, Ziino, etc.

del magistrado togado? ¿No serán por éste absorbidos? No lo dudamos. Tendría lugar la absorción, la dependencia del magistrado popular al magistrado togado. Sucedería lo que acontece en los Tribunales de comercio, en los cuales, a pesar de estar compuestos de hombres de instrucción técnica, sin embargo es el Presidente quien domina.

Meyer, Schwarz, Schlecter, Mittermaier, Holtzendorff, Gneist, Johons, Seuffert, Grohmann, Vollert, Wollmann, y las vivas polémicas habidas en los Congresos jurídicos y en las Cámaras legislativas de varios Estados sobre la substitución del Scabinato por el Jurado, lo demuestran.

En este punto profesamos las ideas de Cesarini: el moderno Scabinato no asegura una sincera y útil participación del elemento popular en la administración de justicia; no se concilia con la unidad necesaria en la aplicación del derecho penal y es muy inferior al Jurado (1).

Y a la verdad, ¿puede esperarse justicia de profanos a la ciencia jurídica, ignorantes de las reglas del procedimiento? ¿Pueden los *hombres buenos* resolver los muchos y variados incidentes que se suscitan en las defensas de los juicios correccionales? ¿Pueden determinar la pena correspondiente al caso concreto, desconociendo las disposiciones legislativas que deben aplicar y examinar con orden sistemático?

¿No es el magistrado togado quien dispone indirectamente de los votos? Los *hombres buenos* no pueden gozar de aquella independencia tan necesaria en la administración de justicia, porque es imposible

(1) Cesarini, ob. cit., págs. 96 y siguientes.
Ratti, ob. cit., pág. 49.

pueda resistir la dialética de un hombre de ciencia, de un hombre educado en la apreciación y exacta valoración de las pruebas.

Con el Scabinato se sancionaría el arbitrio, porque o la minoría, magistrado popular, se haría mayoría, no por libre y franca discusión de las pruebas, sino por ignorancia y servilismo; o la mayoría, magistrado togado, se haría minoría, no por la lógica apreciación de los elementos probatorios, sino por temor a la impopularidad, por ideas preconcebidas del scabino.

Hasta que se vea absoluta, totalmente excluído el derecho del juicio popular, llámese Scabinato o Jurado, será siempre una ironía la justicia. Demostraremos esta verdad al desenvolver nuestras ideas sobre el Jurado.

Si se reforma la justicia correccional, no se haga estableciendo el juicio de los scabinos, en el que no existen las más esenciales garantías del Jurado, sino el Jurado correccional. Si el Jurado es una institución jurídica propia de un Gobierno libre, por la participación de los ciudadanos en la administración de la justicia penal, como ahora tiene derecho a esta garantía el acusado de un crimen, igualmente lo tiene el acusado de un delito.

No es la naturaleza de la infracción culpable, la duración de la pena, las que han dado la gran garantía de ser el acusado juzgado por sus iguales, por la conciencia reflexiva del país, sino el respeto a la libertad individual. El Jurado no es más que una esencial garantía de libertad y de la personalidad humana.

Es una verdad histórica innegable lo que dicen Forsyth, Biener, Bruner y otros: el Jurado es de ori-

gen moderno; nace con la verdadera libertad. Nos lo demuestran Inglaterra y América.

La aparición del Jurado fué consecuencia natural de la vuelta de los distintos pueblos a la vida de la libertad. Es una institución que nace y muere con la libertad.

No se puede negar el expuesto principio político: así como tiene derecho a la garantía de su libertad individual el acusado de un crimen, también lo tiene el acusado de un delito (1). Siendo verdad la idea base de los Gobiernos democráticos, que cada uno debe ser juzgado por sus iguales, es absurdo afirmar que el género de la causa mude la jurisdicción.

Todos los delitos grandes y pequeños deben ser juzgados por el Jurado. De otro modo, y constituyéndose al lado de las Cortes de las Asisas los Tribunales correccionales, manifiestamente se contradicen las dos jurisdicciones: la una es negación de la otra.

A la primera pregunta, esto es, se debe o no admitir el Jurado en todas las causas penales, se puede responder lo que dice Tolomei (2), Mazzioti (3), Mancini (4), De Cesare (5), Mirabelli (6), Tolomei (7), De

(1) V. Manfredini, ob. cit., pág. 193.
Mortara, ob. cit., págs. 81 y 91.
Podrecca, ob. cit., pág. 51.

(2) Tolomei, *Diritto e procedura penale*, § 9.072.

(3) Mazzioti, Proposición de ley presentada a la Cámara de los Diputados en la sesión del 23 de Mayo de 1870 y discutida en la siguiente del 29.

(4) Mancini, Discurso pronunciado en la discusión del presupuesto de justicia, sesión del 29 de Abril de 1879.

(5) De Cesare, *Di un novello ordinamento della giustizia correzionale in Italia*, pág. 12.

(6) Mirabelli, *Relazione sulla statistica sommaria degli affari civili e penali, trattati nel distreto della Corte d'Appello di Napoli nel quinquennio* de 1866 al 1870, pág. 106.

(7) Tolomei, ob. cit.

Foresta (1), Pisanelli (2), Manfredini (3), Mortara (4), Podrecca (5), Ferraris (6), Canonico (7), Prins (8), Favre (9) y otros: una vez la razón jurídica considera necesario, para tranquilizar la conciencia social acerca de la rectitud de los jueces, acudir a los jurados, toda causa penal a ellos debe ser sometida.

El ex Ministro Cremieux lo propuso en el proyecto de ley de 1849, pero fue rechazado por 421 votos contra 304 (10). En Ginebra por la ley de 4 de Marzo de 1884 se extendió el Jurado a los asuntos correccionales, pero después fue abolido (11).

En el caso de admitirlo nosotros lo defendemos por distritos y compuesto de ocho jurados. Pero en las teorías sociales no basta demostrar su legitimidad racional: es menester probar la oportunidad de su planteamiento. Desde este punto de vista el Jurado correccional, en el actual estado de adelantamiento, no es todavía realizable.

Para establecerlo es necesario una instrucción más extensa y hasta cierto punto técnica.

---

(1) De Foresta, *Discorso inaugurale*, 1880. Bologna.

(2) Pisanelli, *Dell'istituzione dei giurati*, pág. 226.

(3) Manfredini, ob. cit.

(4) Mortara, ob. cit.

(5) Podrecca, ob. cit.

(6) Ferraris, *I giurati e gli scabini nell'ordinamento giudiziario germanico.*

(7) Canonico, *Del giudicio penale*, lez. 29, pág. 229.

(8) Prins, *De l'appel dans l'organisation judiciaire repressive*, página 25.

(9) Favre, ob. cit.

(10) Ratti, ob. cit., pág. 52.

F. Manduca, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel circondario del Tribunale Civ. e Corr. di Reggio-Calabria nell'anno* 1878, pág. 34, § XIX.

(11) Ratti, ob. cit., pág. 52.

Los juicios correccionales comprenden muchas veces la resolución de cuestiones muy delicadas, el examen de las circunstancias que concurren en el delito.—Con el solo buen sentido no se pueden resolver tan graves cuestiones, que requieren estudios especiales y la aptitud crítica y lógica del magistrado permanente, adquirida por el repetido y continuo ejercicio de la inteligencia en la valoración y comparación de los hechos diversos que está obligado diariamente a examinar. Desaparecería la innegable ventaja de la citación directa y directísima, porque es imposible presentar ante ocho ciudadanos, dotados sólo de buen sentido, procesos formados con sumarias informaciones o con el rápido procedimiento de la citación directísima. La consecuencia sería la absolución; pues si esto sucede en el actual sistema colegial, ciertamente se extendería de modo espantoso con el Jurado correccional.

La celeridad y prontitud de la pena sería imposible, porque no pudiendo prescindirse de la complicación del procedimiento, necesaria en interés de la justicia y de la libertad individual, no es posible el despacho de muchas causas en una sola Audiencia, como se despachan por jueces togados. Hay Tribunal que llega a despachar en una sola Audiencia veinte o más causas.

No pudiendo hacerlo, tendríamos la acumulación de procesos dañosa al Estado y al individuo; la rapidez de los juicios correccionales vendría a ser una aspiración, la prontitud, y, por lo tanto, la ejemplaridad de la pena una utopia; se lastimaría la libertad individual, porque los acusados de delito, para el cual no estuviera admitida la libertad provisional, sufrirían muchos meses de prisión.

Con el Jurado correccional desaparecería la correccionalización, a fin de evitar que el pequeño Jurado, que no presenta las garantías del gran Jurado, se viese obligado a juzgar delitos graves, mandados a la Sección de acusación, por concurrir circunstancias eximentes o atenuantes.

La correccionalización del delito grave, basada en el art. 440 del Código de procedimiento penal, no es por todos admitida (1), porque abandonadas las reglas de competencia y aplicación de penas, según la índole de los delitos, deja la suerte de los acusados al arbitrio, aunque siempre prudente, de los magistrados de remisión. Pero si bien no es rigorosamente jurídico el concepto del art. 440, C. P. P., pues turba el orden jurisdiccional, no puede negarse que la facultad concedida a la Sección de acusación de templar el rigor de la pena no proporcionada a la naturaleza del delito, disminuye la prisión preventiva impuesta por la sola característica del delito y facilita el curso de los juicios.

Hasta que no se plantee en extensa escala un poético sistema jurídico, en el que no se vea la prisión preventiva; hasta que el violador de la ley social no sea considerado como víctima del poder social; hasta que la inimputabilidad no se eleve a sistema; hasta que no se lleven a la práctica las modernas descarriadas teorías sociales, la correccionalización será

---

(1) Cesarini, ob. cit., pág. 90.
Ratti, ob. cit., pág. 51.
Pescatore, *Procedura penale*, vol. III, págs. 103 y siguientes.
Manduca, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel distretto della Corte d'Appello di Cagliari nell'anno* 1884-1885, pág. 72.
Prins, *De l'appel dans l'organisation judiciaire répressive. Etude historique et critique*, pág. 31.

una garantía para el individuo y para la sociedad. Para el primero, aliviando el penoso estado de incertidumbre y abreviando la prisión preventiva; para la segunda, porque la prontitud de la pena, no sólo afirma el derecho negado por el delito, sino que disminuye la delincuencia, evita el escándalo de verse consumir en una cárcel un acusado de hurto de pequeña entidad, pero calificado, o un joven acusado de estupro. Esto advierte y explica la poca justicia de un sistema que hace ir ante la Corte de las Asisas un proceso de hurto calificado de un pan, de una cabra valorada en seis liras, etc., para después del veredicto afirmativo oir pronunciar una condenación de un mes de cárcel compensando la pena, mientras el acusado ha sufrido prisión preventiva uno o dos años.

El Ministro Guardasellos Pessina, respondiendo al diputado Buttini, decía: «Yo creo que la correccionalización es importantísima; hace más fácil la tarea del juicio por jurados, pues sería imposible enviar a jurados todas las causas que, atendiendo al nombre de los delitos, deberían ir, y no se puede admitir lastime de algún modo el principio del *juez natural*. Aparece esto tanto más claro con la unánime interpretación, que por larguísimo tiempo ha sido dada a esta elegante frase del derecho constitucional: el juez natural es el juez designado por la ley, no el juez que surge después del hecho y por voluntad de la autoridad social» (1).

Un ilustre magistrado, hablando de la correccionalización, cree no es conforme con los principios de

(1) Sesión del 3 de Junio de 1885. Actas parlamentarias. Continuación de la discusión del presupuesto del Ministerio de Gracia y Justicia y del Fondo para el culto.

la oralidad y publicidad de los juicios un procedimiento que, separando el conocimiento del delito de las circunstancias que le acompañan, las sustrae al criterio y a la convicción de su juez natural, y las deja a una autoridad establecida a fin de completar la instrucción escrita (1).

Aceptamos el segundo concepto; pero el primero, es decir, la correccionalización, viola los principios en que se funda nuestro enjuiciamiento penal: la oralidad y la publicidad. La remisión ordinaria de la Corte, Sección de acusación al Tribunal, no es más que uno de los momentos de la inquisición. La oralidad, publicidad, contradicción, son los factores del sistema acusatorio, juicio en el sentido técnico de la palabra. La correccionalización no tiene lugar más que después de completa la instrucción, pero cuando todavía es secreta. Mas si se adoptara la doctrina profesada por algunos escritores de la publicidad de la instrucción, ni la oralidad, ni la publicidad, ni la contradicción serían desconocidas; la instrucción entonces no sería otra cosa que un juicio preparatorio, un juicio público de apreciación, celebrado con las formas del juicio definitivo, y la remisión al Tribunal ordenada por la Corte, Sección de acusación, no atentaría á los principios de nuestro derecho público penal.

Pero si la correccionalización no es, desde el aspecto jurídico, una institución racional, desde el aspecto del derecho social e individual es una garantía.

Como quiera que sea, opinamos no es tampoco el pequeño Jurado, no sólo por los motivos expuestos y por ser menester la celeridad en los juicios correc-

(1) Cesarini, ob. cit., pág. 89.

cionales, sino también por principios políticos una garantía. En los grandes centros hay la división en partidos; en los pequeños, en facciones; los primeros representan la vitalidad de un Gobierno libre; los segundos, la muerte de los Gobiernos parlamentarios. Desgraciadamente, en los pequeños centros son inevitables las facciones, cuyos representantes no sólo se maltratan entre sí, sino que son capaces de vengarse al amparo de las funciones que desempeñan. El Jurado carecería de las principales condiciones que requiere: independencia, conciencia, justicia (1). El pequeño Jurado no puede funcionar más que en los grandes centros; jamás en los pequeños, donde se agitan las facciones. En el campo correccional figura la gran masa de los delitos ordinarios y comunes; las individualidades malas y buenas, ricos y proletarios; representantes de las facciones, mayoría y minoría. ¿Puede haber seguridad en la justicia de la condenación pronunciada por magistrados populares que sienten la influencia de las facciones a que están afiliados? No; este punto negro no se puede encontrar en el gran Jurado rodeado de mayores garantías.

Por último, admitido el Jurado correccional en los distritos, aparte de ser imposible hallar suficientes personas capaces de desempeñar estas temporales funciones, se haría intolerable añadido al Jurado criminal. Por razón de nuestro cargo, hemos visto de cerca el Jurado; sabemos que el oficio de jurado se considera, por regla general, como carga que todos procuran redimir de cualquier modo. El fiscal, la defensa, y aun el Presidente, son aturdidos por las

(1) Righi, en la *Relación* citada, pág. 140, muestra todos los inconvenientes del Jurado correccional.

súplicas de los que quieren ser recusados, y que, alegando supuestas enfermedades, falsas desgracias de familia y otros análogos motivos, intentan convencer al Procurador General y al Presidente de la Corte a fin de que les concedan licencia. En grandes ciudades, como Nápoles, sucede a menudo que necesita el Jurado para constituirse tres días, porque la mayoría de los jurados está enferma o no puede ser habida; ¡mentira!

Enseña la experiencia que se pierde la causa alguna vez por no haberse querido acceder a la súplica de uno, dos o tres jurados que mostraron deseos de ser recusados. Por vengarse, o responden con un *no* o votan en blanco.

Algunos sufren de buen grado el pago de la multa con tal de librarse del ejercicio de un derecho tan sagrado, que ha costado tantas víctimas generosas a la humanidad. No es exagerado lo que dice Cesarini, que el Jurado correccional haría no concurrieran los ciudadanos al llamamiento; se constituirían con trabajo los Tribunales; la administración de justicia se haría difícil, y el Jurado sería herido por total descrédito (1).

Algún escritor cree necesario el planteamiento del pequeño Jurado, a fin de lograr la disminución en el gran Jurado de miembros ignorantes e inexpertos, sirviendo el pequeño Jurado de palestra para el gran Jurado.

La idea nos parece poco feliz. La justicia no debe sacrificarse a un mal entendido principio de preparación. La injusticia en el castigo de los delitos menos graves produce, como consecuencia lógica, el aumen-

(1) Cesarini, ob. cit., pág. 97.

to de los delitos graves. Brillante la teoría, dejad hacer y dejad pasar; pero en Economía política, no en Derecho. La cuestión del gran Jurado es menester se afronte de una vez; es la cuestión social la cuestión agraria en el derecho penal. No responde la institución a las debidas exigencias de la justicia punitiva. Tiene necesidad de radicales reformas. Hablaremos de esto en el curso de nuestro trabajo.

Tanto para el Scabinato como para el Jurado correccional, los defensores citan a Suiza y Alemania. Debe abandonarse este modo de argumentar. Las instituciones sociales son como las plantas: se desarrollan dadas ciertas condiciones climatológicas. Procurar extenderlas por todas partes no ha sido ni será sistema admisible. A menudo el éxito desgracia. do de una institución política, administrativa, económica, social, jurídica, depende de esta falsa doctrina-

XXXII

En la hipótesis del planteamiento del Jurado correccional, creemos debe estar compuesto de ocho miembros, seis votantes y dos suplentes, dirigiendo el debate el Procurador del Rey o su sustituto y presenciándolo un juez de Tribunal, llamado a decidir las cuestiones incidentales que pudieran surgir entre la acusación y la defensa, y para aplicar la pena después del veredicto afirmativo de los jurados.

Desearíamos en los jurados mayor capacidad intelectual adecuada a su misión. Opinamos debe exigírseles hayan obtenido la licencia liceal. No nos inspira confianza el buen sentido que da regular contingente de veredictos inmorales y escandalosos. Sin

arte lógico y reflexivo, sin el arte crítico, sin los indispensables conocimientos, se puede ser un excelente operario, pero jamás un recto magistrado popular. Un jurado relativamente inteligente resiste las influencias de los parientes y amigos en favor del acusado. Repetimos no somos defensores del Jurado correcional, pero en el caso de establecerse sin garantías de inteligencia y moralidad, sería contrario a la justicia; circunscrito a pequeños centros, obligado a respirar un ambiente limitado, se encontraría rodeado de peligros (1).

XXXIII

Quieren algunos la supresión de la apelación correccional, y defienden el mantenimiento de los Colegios judiciales con magistrados permanentes, proponiendo no sean parte del Colegio llamado a decidir en definitiva la causa el juez instructor y los jueces que hayan acordado la remisión del acusado (2).

Es justo en cuanto al juez instructor, no porque dudemos de la independencia e imparcialidad de este funcionario, sino porque, queriendo o sin querer, se aficiona a su obra, a su creación.

Debe, pues, por este motivo, extenderse el art. 78 de la ley orgánica judicial al juez instructor, no en razón de que conozca *a priori* el tenor de las deposiciones escritas de los actos procesales, sino por estar

(1) Legislación española.—En la ley del Jurado de 1888, la competencia de este Tribunal se determina por la índole de los delitos y no por la gravedad de la pena. El art. 4.º enumera las causas de que debe conocer el Jurado.

(2) Glaser, Discurso pronunciado en la sesión del 25 de Mayo de 1872 en el Reichsvath, pág. 206.

impresionado con el desarrollo del sumario. Es menester se separe la instrucción del juicio definitivo, y se mantenga en toda su pureza la oralidad del juicio.

Nosotros, que acaso fuimos los primeros en poner sobre el tapete la impugnación del proyecto Villa, no podemos menos de admitir el art. 19 (1).

Así se evita el ver frecuentemente en los Tribunales compuestos de una sola Sección el juez instructor presidir el Tribunal, y después de haber formado y dirigido el proceso escrito, dirigir el debate, el juicio oral.

La exclusión de los individuos que componen la Cámara del Consejo del Colegio al que ha sido deferido el juicio definitivo, no es para nosotros discutible, pues sostenemos la supresión de la Cámara del Consejo como inútil agregado en el mecanismo de la justicia penal. Su intervención en el juicio definitivo por las prevenciones y preocupaciones que les animan destruyen el principio fundamental de la oralidad.

Es necesario conocer no sólo la organización técnica de una institución, sino también su modo de ser en la práctica. Observamos, ante todo, que los elementos probatorios de la instrucción escrita que dan lugar a la remisión, no son los mismos en que se funda una condenación. Y es de suponer que los jueces de la Cámara del Consejo, no pudiendo leer los voluminosos procesos, confiando en el instructor, suscriban la ordenanza sin leerla.

En la Cámara del Consejo se suscita discusión si

---

(1) Manduca, *Il progetto di legge per talune riforme giudiziarie del Ministro guardasigilli Villa. Una franca parola:* Filangieri, anno V, 1880, pág. 281.

la provoca el Ministerio público, el cual, no estando alguna vez de acuerdo con las ideas del juez instructor, presenta la relación de éste a la Cámara. Sólo entonces son discutidas las diligencias sumariales; pero ordinariamente es pronunciada la remisión fiando en la imparcialidad del juez instructor. Desde el punto de vista práctico es una institución que no tiene razón de existir.

Teniendo en cuenta la composición de los Tribunales correccionales, algunos quieren se aumente el número de miembros a cuatro, y otros a cinco (1). Nosotros ya hemos dicho creemos son suficientes cuatro, a tenor de lo prescrito en el Código de procedimiento penal de 1873 para el Imperio austro húngaro (2), esto es, un Vicepresidente y tres jueces. Así se aumentará la confianza en la sentencia definitiva. Hay que añadir a los cuatro jueces el Ministerio público, el cual, no teniendo otro interés que el triunfo de la justicia, también concurre a fortalecer esta confianza.

Por último, en cuanto a las formas intrínsecas y substanciales de las resoluciones, la aspiración de algunos jurisconsultos de la unanimidad de votos, especialmente para la condenación, raya en el absurdo. No comprendemos el motivo determinante de la diferencia entre la condenación y la absolución.

El Estado y el individuo tienen iguales derechos. Sagrado es el derecho del Estado, como lo es el del individuo. Por lo tanto, si se admite en la adminis-

(1) Mirabelli, *Statistica giudiziaria*, pág. 107.
Cesarini, ob. cit., págs. 99 y siguientes.
Galgarini, *L'organico moderno del'Appello correzionale. La Legge*, números 64 y 92.
(2) Cesarini, ob. cit., pág. 100.

tración de justicia, no tienen las minorías derecho alguno a su jurídica existencia; siendo lógicos los partidarios de la unanimidad de votos, debieran también pedirla para la absolución.

Se basa esta teoría en cierto recelo de la magistratura togada. La unanimidad de votos se considera como una garantía, porque los jueces que han de decidir para alcanzar la indispensable igualdad de los sufragios, son obligados a eliminar las dudas y las oposiciones respectivas por medio de un profundo estudio de la causa, así como la minoría en esta forma es asegurada por una tutela más eficaz; en vez de ser vencida por la sola preponderancia del número, es confundida por las buenas y suficientes razones aducidas en contrario (1).

Pero si este sistema, en cierto modo, puede legitimarse en los juicios por jurados, es ilógico en los juicios ante magistrados togados, que tienen una inteligencia educada en los estudios jurídicos, derecho a la discusión de su opinión, derecho a la independencia de su voto. Las mayorías se imponen a las minorías por el número, jamás por la presión sobre los miembros disidentes, como igualmente las minorías no tienen el derecho de imponerse a las mayorías. Todo derecho tiene su límite en el derecho de otro.

«Si se quiere la unanimidad solamente para el caso de condenación, resulta incompatible con la esencia de la colegialidad y es contraria a los intereses de la recta administración de justicia, siendo absurdo que el voto de uno solo y acaso el del miembro del Tribunal menos instruído, menos sensato, pueda destruir la conciencia de todos los otros, y que con-

(1) Cesarini, ob. cit., pág. 100.

tra una sentencia basada en un solo voto, no se dé el remedio de la apelación», dice Cesarini (1).

Deben de examinarse de cerca las instituciones jurídicas. Si se acepta el derecho de la minoría a imponerse a la mayoría, no tendrán garantía el Estado y el individuo; correrán el peligro de ser perjudicados, pues debe reconocerse hay en todo tribunal colegiado magistrados doctos y magistrados de poca conciencia, magistrados rigoristas y magistrados lapsos; admitida la unanimidad tanto para la condenación como para la absolución, la sentencia no sería exacta expresión de la verdad y de la justicia.

Es necesario tener confianza en la magistratura, que no tiene interés alguno en atentar a los derechos del Estado y del individuo; además, las garantías de la oralidad, razonamiento de las sentencias, publicidad, discusión, Prensa, contribuyen mucho a la recta e imparcial administración de justicia.

Dice un ilustre magistrado: «La Prensa es una luz inmensa que descubre con sus espléndidos rayos los actos loables no menos que los deshonrosos» (2).

Zanardelli decía: «Tened confianza en la magistratura, pertenezcáis a cualquier partido, pues la Justicia y la Magistratura no son instituídas para un partido, para una clase de ciudadanos, sino para todos, sin consideración a partidos, opiniones o creencias» (3).

---

(1) Cesarini, ob. cit., pág. 101.

(2) Saredo, *Principii di diritto costituzionale*, lez. XXXV, página 109.

(3) Sesión del 21 de Febrero de 1883.

XXXIV

Antes de seguir adelante creemos deber hacer alguna observación más sobre el interesante punto de la supresión de la apelación en lo penal, y como consecuencia de la Sección correccional en la Corte.

La supresión o creación de una institución jurídica ha de fundarse en principios de orden público. La razón económica debe desaparecer de la administración de justicia. La abolición o conservación de la apelación en materia penal es cuestión compleja; es cuestión, no sólo de orden judicial, sino también de derecho social e individual y hasta de estadística. Es una teoría cuyo planteamiento ha de subordinarse al principio romagnosiano: el oportunismo.

El Estado como el individuo tienen derecho a garantías: la justicia desnuda de garantías no es propia de los Gobiernos democráticos, no es propia de los Estados cuyo derecho público interno se funda en los derechos de la sociedad y del individuo. La apelación en lo penal es una garantía para el Estado y para el individuo. Ratti, que ha reproducido la tesis doctamente desarrollada por Pisanelli (1) y Cesarini (2), la cree un prejuicio (3). No es exacta la expresión. El prejuicio puede encontrarse en el hombre del pueblo, pero no en el hombre de ciencia: prejuicio y ciencia son incompatibles. En el desenvolvimiento de una doctrina pueden los escritores dividirse en escuelas

(1) Pisanelli, Proyecto de ley presentado al Senado en el 15 de Julio de 1863.

(2) Cesarini, ob. cit.

(3) Ratti, ob. cit.

por la divergencia de criterios, pero nunca por común prejuicio.

La apelación de las sentencias penales, tanto de los pretores como de los Tribunales, es prenda de seguridad para el Estado y para el individuo. No soy partidario del rigorismo de la pena, pero tampoco soy laxo; eclécticos, defendemos el proporcionalismo fisio-sociológico.

La estadística demuestra que la apelación en lo penal es una garantía, no sólo jurídica, sino también social.

La cifra de las sentencias reformadas en todo o en parte corresponde por regla general a la mitad de las sentencias apeladas, y en el año de 1882, en los distritos de Turín, Milán, Florencia, Nápoles, Catania, la superan. En Cerdeña los Tribunales reformaron parcialmente 406 sentencias de los pretores, y totalmente 304 en 1.036 apelaciones. La Corte, Sección correccional a su vez, de 601 apeladas, reformó parcialmente 184 y totalmente 167: suma, 351 (1).

Por estos datos se ve que la supresión de la apelación en lo penal no es conveniente. El Estado, por su órgano el Ministerio público, y el individuo, tienen derecho a pedir la revocación de las resoluciones erróneas. Algunos errores judiciales graves no pueden negarse. Borsani y Casorati dicen: «Aun la jurisdicción correccional ejercida por nuestros Tribunales está muy lejos de merecer el sufragio de la opinión pública».

Un sentimiento de desconfianza impide descansar tranquilamente en las sentencias de los jueces togados reunidos en Tribunal para resolver las causas co-

(1) Manduca, *Relazione statistica*, 1885.

rreccionales. Será desconfianza justa o injusta, no queremos indagarlo; pero es un hecho, más de una vez confesado hasta desde alto puesto, que en Italia casi no existe la justicia correccional. Y debe reconocerse que si en parte el motivo de estos males es la imperfección del sistema procesal, en gran parte también se han de atribuir a defectos de la organización judicial (1).

Habrá dureza de juicio, pero no inexactitud. Se cometen algunos errores que la Corte, Sección correccional, está obligada a reparar.

El Gobierno representativo no es más que un Gobierno de garantías, las que, reducidas o suprimidas, producen una transformación política, un Gobierno absoluto. Es un concepto tan antiguo como la ciencia del derecho constitucional. El Estado representativo moderno no es más que la encarnación de todas las libertades públicas. Examinada la apelación en lo penal, en sus relaciones con el Gobierno constitucional, no se puede menos de reconocer es una institución que tiene por objeto la realización del fin supremo, al cual debe tender el Poder social, esto es, asegurar los derechos del Estado y del individuo. Sentado el fundamento político de la apelación, su abolición sería desconocer los principios del derecho público interno. ¿Cuál es el criterio de los abolicionistas? La inutilidad de la apelación enfrente a la utilidad de la misma en los juicios civiles; la poca exactitud de las actas de los debates públicos; la dificultad de legitimar dos opuestas convicciones; la reparación del error cometido en la determinación de la competencia, en la forma del juicio, en la calificación del he-

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. VI, § 1.959.

cho, en la mala aplicación de la pena merced a la casación; la desigualdad de los dos órganos de jueces, es decir, el juicio criminal y el correccional; la garantía de la colegialidad; la dilación en la ejecución de la pena.

Sería largo desarrollar las observaciones que pueden hacerse para demostrar no ser muy racional y jurídico el criterio abolicionista; diremos poco: la cuestión ha sido tratada por abolicionistas y antiabolicionistas; a estos últimos pertenecen Righi (1), Carcani (2) y Bortolucci (3).

Nadie niega la utilidad de la apelación en los juicios civiles. Hubo un tiempo en que se dijo inútil, no necesaria; pero esto aconteció en un período de fiebre, en un período de reacción, de radical reorganización de todas las instituciones jurídico-económico-sociales; pero pasó rápidamente. La Asamblea francesa, por la ley del 16-24 de Agosto de 1790, rechazó la teoría abolicionista.

Es una garantía que la ley concede a la propiedad; es una consecuencia del principio: el juicio conforme de diversas individualidades pertenecientes a distintos grados jerárquicos, se presume ofrece mayor seguridad que cuando es el resultado del parecer de pocos. El mismo Ulpiano, fundador de la escuela abolicionista, convenía con nosotros. *Appelandi usus quam sit frequens, quamque necessarius, nemo est qui nesciat, quippe iniquitatem judicantium vel imperitiam recorrigat* (4).

Vivimos en un período que hasta cierto punto se

(1) Righi, *Relazione* cit., pág. 145.
(2) Carcani, ob. cit., pág. 267.
(3) Bortolucci, ob. cit., pág. 53.
(4) L. 1, D. *De appell.*, 49, 1.

puede comparar al de 1793 en Francia: se intenta transformar todas las instituciones jurídicas porque no responden a las exigencias modernas y al principio progresivo de la humanidad, pero los mismos adversarios de la apelación confiesan es una institución útil a la libertad individual. Las doctrinas de Royer-Collard y de Beranger, rebatidas victoriosamente por Bordeaux (1) en Francia y por Pisanelli (2) en Italia; las de Bentham (3), Sclopis (4), Saredo (5), Ricci (6) y casi todos los procesalistas modernos (7), demuestran que la apelación en lo civil se funda en un principio eminentemente liberal: la seguridad de la propiedad, la seguridad del ahorro, la seguridad del trabajo, la seguridad del derecho individual. Dice Gargiulo (8) es inherente al derecho de defensa y se apoya en el derecho natural.

El recurso de apelación es consecuencia de la flaqueza humana, dijo Pisanelli en su docta relación sobre el proyecto de Código de procedimiento civil italiano.

Ahora bien: si el doble grado de jurisdicción se basa en el peligro de cualquier omisión o cualquier error que influya en el éxito del juicio, en la inviolabilidad de la defensa, en la eficaz garantía de la justicia, en la libertad individual, en una palabra, en la

(1) *Philosophie de la proc. civ.*, págs. 316, 317.
(2) Pisanelli, IV, págs. 837 y siguientes.
(3) Bentham, *Organisation jud.*, chap. XXVI.
(4) Sclopis, *Dell'autorità giudiziaria*, cap. IV, pág. 82.
(5) Saredo, *Istituzioni di procedura civile*, pág. 750.
(6) Ricci, *Comm. al Cod. di proc. civ.*, V, II, núms. 444 y siguientes.
(7) Gargiulo, *Enciclopedia giuridica italiana, let. Appellazione*, vol. I, parte 3.ª, págs. 190 y siguientes.
(8) Gargiulo, ob. cit., pág. 179.

justicia, ¿se puede poner en duda en lo criminal? Si la apelación en lo civil, su final objetivo, es la garantía de la propiedad real, es considerada como artículo de fe social, es una especie de religión para los pueblos modernos, no es racional la teoría que quiere suprimirla en lo penal. Sagrada es la propiedad real, pero igualmente es sagrada la propiedad personal, la libertad individual, el honor del ciudadano. Del mismo modo que se pueden cometer errores en lo civil, se pueden cometer en lo penal; como se puede violar el derecho del propietario, se puede violar el derecho de libertad personal; como un segundo examen de la causa es una poderosa garantía de buena justicia y hace posible la reparación de los errores judiciales en lo civil, igualmente es una poderosa y mayor garantía en lo penal, porque los errores judiciales pueden referirse no sólo a la culpabilidad del acusado, sino también a la calificación jurídica dada al hecho que se le atribuye, como el principio fundamental del derecho judicial, la brevedad de los juicios, sufre una excepción en materia civil admitiendo la apelación, con mayor motivo en materia penal; en una palabra, como en lo civil, está fundada la apelación en lo penal sobre las garantías sociales (1). No admitimos en este punto las ideas de Gargiulo. Dice así: «Inoportunamente se combate el doble grado de jurisdicción igualando los juicios civiles y los penales, pues en los segundos domina de un modo absoluto la prueba *moral;* el juez resuelve según su íntima convicción, según la impresión hecha por la prueba reunida contra el acusado y los medios de su

(1) V. Goldenin, *L'appello nelle cause penali. Archivio di Goldammer*, núm. 1.

defensa; en los primeros, al contrario, se atiende a la prueba *legal*, o sea aquélla cuyo valor y caracteres están determinados por el legislador en normas fijas, y ciertamente pueden ser de un modo más recto interpretadas y aplicadas con el doble examen que con uno solo» (1).

En uno y otro juicio el criterio determinante para juzgar está en la apreciación de los elementos probatorios, apreciación que puede sér errónea y hacer necesaria la apelación. Como en los juicios civiles la discusión de los magistrados más antiguos, de mayor instrucción y experiencia, en número mayor, podrá reparar los errores y la injusticia de los primeros jueces; lo mismo en los juicios penales, más graves que los civiles, la segunda sentencia enmendará el primer error o la primera injusticia.

La poca exactitud de las actas de los debates públicos no es motivo racional. Aparte de poder desaparecer con una mayor inspección ejercida por el Procurador del Rey y el Presidente del Tribunal sobre los cancilleres, la Corte tiene el derecho de hacer reproducir el debate. Deficiente cuanto se quiera el acta, el magistrado de apelación está siempre en condiciones de advertir el error cometido por los jueces inferiores. Los magistrados de apelación no son jurados, y por lo tanto, ineptos para la apreciación de las pruebas consignadas en las actas, las cuales no son muchas veces imperfecta e incompleta reproducción del juicio de primera instancia. La oposición de las declaraciones, el semblante de los testigos y del acusado, las emociones que sufren, los gestos y las tribulaciones que dan a conocer su íntimo sentir y

(1) Gargiulo, ob. cit., pág. 188.

otras ideas psicológicas y fisiológicas, expuestas por los abolicionistas a fin de hacer desconfiar del acta de la audiencia, son apreciables en los juicios por jurados, que tienen necesidad del elemento material. La dificultad de legitimar las dos opuestas convicciones, no es argumento lógico. Si la discusión de los hechos procesales es uno de los criterios que determinan la justicia o nó de una sentencia; si tal discusión, considerada desde el punto de vista psicológico y fisiológico, puede producir resoluciones contradictorias, no es esto razón para afirmar justa la primera y errónea la segunda. La opuesta convicción no es motivo para creer injusto lo acordado.

¿Cuándo se ha considerado necesaria la doble conformidad para estimar justa una resolución? ¿La Corte de casación puede llamarse institución inútil porque las sentencias no presentan casi nunca uniformidad de conceptos jurídicos? Está en la naturaleza humana la variedad de ideas, la diversidad de convicciones científicas; alterándose la composición de un Tribunal, se hace mayoría lo que días antes era minoría. Es la índole de las cosas humanas, es un efecto de la gran ley de la evolución, que significa modificaciones fisiológicas, psicológicas, morales; en suma, variación.

Escribe un ilustre magistrado: «He dicho, y no temo repetirlo: la jurisprudencia es, como todas las cosas humanas, esencialmente progresiva» (1). Antes de él lo habían dicho sobresalientes personalidades de nuestra Italia: Romagnosi (2), Rossi (3) y Carra-

(1) De Falco, *Discorso inaugurale*, 1885, pág. 26.
(2) Romagnosi, *Giurisprudenza teorica.*
(3) P. Rossi, *Traité de Droit penal.*

ra (1). ¿Es argumento serio que por la Corte absolver, mitigar la pena, condenar, la segunda sentencia es errónea y la apelación correccional peligrosa, tanto para la sociedad como para los acusados? Con tal sistema pesimista, todas las garantías judiciales son nulas; son fuente de errores irreparables.

El recurso de casación para las cuestiones relativas a la competencia, formas de juicio, calificación del hecho y mala aplicación de la pena, no excluye la injusticia y equivocación de la primera sentencia, y, por lo tanto, de una pena, o demasiado leve, o excesivamente rigurosa, o el resultado de una mala apreciación de las pruebas, como igualmente es irrisoria la revisión después que el acusado de un delito ha cumplido la pena impuesta por los primeros jueces. La desigualdad entre el juicio criminal y el correccional, no es argumento que resista el examen de la crítica. Al estudiar las Cortes de Asisas y demostrar la necesidad de que sufran reforma radical para que debidamente funcionen, haremos ver carece de fuerza. No porque una institución deje de responder a las exigencias de la justicia, ha de destruirse una garantía basada en los principios del nuevo derecho público interno. La institución se modificará, se la pondrá en armonía con lo que reclama el derecho social.

La garantía de la colegialidad, la dilación en la ejecución de la pena, no son tampoco motivos lógicos. La colegialidad es una garantía mayor, cuanto mayor es el número de magistrados que juzgan, cuanto más antiguos e instruídos son los que componen el primer Tribunal que ha sentenciado. Los jueces de la Corte de apelación tienen más consideración, inspiran más

(1) Carrara, *Obras*.

confianza que los jueces inferiores bajo el aspecto de la capacidad y de la pericia como de la independencia. La dilación en la ejecución de la pena no merece ser discutida. También en lo civil las apelaciones producen tardanzas y muchos gastos, y, sin embargo, el doble grado de jurisdicción se admite hoy por todos los escritores. Reconocemos que cuanto más inmediata es la pena, tanto más se logrará el fin de la misma; pero esto no debe significar que un inocente sufra una pena y un culpable sufra una excesiva o salga absuelto. Aun admitido que hubiera dilación, el beneficio que se alcanza compensa ampliamente las desventajas y los males que al mantenimiento de la apelación pudieran ser inherentes y se podría evitar no reparando en gastos en la administración de justicia. La acumulación de apelaciones puede ser el resultado, o del poco número de consejeros, o de su indolencia. Lo uno y lo otro se remedia aumentando el número y ejerciendo con rigor el primer Presidente la jurisdicción disciplinaria. Terminaremos estas breves observaciones recordando lo que escribe sobre la cuestión un moderno escritor, Buccellati, y presentando una enmienda al art. 405 de la ley de procedimiento penal.

Dice Buccellati: «Mientras el Tribunal sea constituído solamente por jueces togados, consérvese el segundo grado (1).» La enmienda consiste en imponer al Presidente del Tribnnal y de la Corte, Sección correccional, la obligación de nombrar un defensor, tres días antes de la vista de la apelación, que presente los motivos, si no se hubiera hecho en el término legal por el abogado que defendió al apelante respectiva-

(1) Buccellati, *Istituzioni di diritto e procedura penale.*

mente ante el pretor o el Tribunal, y que después, por olvido o por otra causa no justa, no se cuidó de presentar en el plazo legal los motivos. Así se evitaría el ridículo de la comparecencia del apelante para oir únicamente declarar la apelación desierta y al mismo tiempo la confirmación de una sentencia no ajustada a las leyes.

El antiguo Ministro Guardasellos Villa, en su proyecto de reforma del procedimiento legal presentado a la Cámara de los Diputados en 9 de Marzo del año de 1880 (1), entre otras innovaciones, proponía en el artículo 21, *que en los juicios de apelación, si la presentación de los motivos, según los artículos 357 y 405 del Código de procedimiento penal no tuviese lugar en los términos respectivamente establecidos por el mismo Código, el Tribunal o la Corte ordenará en Cámara de Consejo, sin citación de las partes, la ejecución de la sentencia; y que dicha ordenanza sea notificada a las partes, las cuales podrán hacer oposición en los modos y términos indicados en los artículos 349 y siguientes del procedimiento penal.*

La proposición ministerial fue aceptada por la Comisión parlamentaria (2) para el caso de que la apelación hubiera sido interpuesta por acusados en libertad provisional e interrogados con mandato de comparecencia. Pero no sólo fue rechazada para las apelaciones interpuestas por presos, sino que opinó debieran modificarse los artículos 357 y 404, y pidió se introdujera una excepción, en virtud de la cual el término útil para la presentación de los motivos dure

(1) *Atti parlamentari, documenti, sessione del* 1880, núm. 76.

(2) *Atti parlamentari, documenti*, 1.ª *sessione*, 1881-1882, número 45 A.

hasta tres días antes de la vista de la causa, fundada en que, debiendo el recurso ser suscrito por un procurador que ejerza o por un abogado, desaparece la presunción de la renuncia, basada en haber dejado de presentar los motivos, pues el apelante no es libre de manifestar su voluntad, ni siquiera es admitido a no ser por persona intermedia. Para hacer más eficaz su propuesta, la Comisión juzgó necesaria además una adición a los artículos 378 y 411, por la cual, cuando no resultase de los autos que el acusado, en el momento de ser trasladado a la cárcel del lugar en donde está la Corte de apelación o el Tribunal, no ha hecho la elección de defensor, el Presidente debe nombrar uno de oficio, notificándole el nombramiento dentro de veinticuatro horas. Otra reforma que la mencionada Comisión estimó debía llevarse a la apelación en materia correccional, era extender a los acusados de delito castigado con la pena de cárcel la facultad de hacerse representar ante el Tribunal o la Corte por un procurador que ejerza en los dichos Colegios, provisto de un mandato especial; facultad ahora limitada a los acusados de delito castigado solamente con pena pecuniaria. Habiendo cesado el Ministro proponente, el proyecto, con las modificaciones hechas por la Comisión, permanece, según costumbre, cubierto de polvo en los estantes del Ministerio, al lado de tantos otros.

Nosotros no estuvimos de acuerdo con todas las ideas que informaban aquel proyecto (1), que en cuanto a la apelación sin motivos se había limitado a resolver la cuestión, si en la hipótesis de haberse omi-

(1) Manduca, *Il progetto di legge su talune riforme giudiziarie del Ministro guardasigilli Villa. Una franca parola:* Napoli, 1881.

tido la presentación de los motivos, debíase, según la ley vigente, proceder por las formas ordinarias, o la ejecución de las sentencias podía ser ordenada por la Corte de apelación, en simple decreto sin contienda de las partes y sin citación del acusado; cuestión no discutida por la jurisprudencia desde la decisión de la Corte Suprema de Milán, que anuló la sentencia de la Corte de apelación de Génova (1).

Defensores de la apelación en materia penal, nuestras aspiraciones son las siguientes: mantenimiento de la apelación;—obligación del canciller de la Pretura y del Tribunal de preguntar al acusado, pronunciada la sentencia, si intenta interponer apelación, consignando todo en el acta;—obligación del Presidente del Tribunal y de la Corte de nombrar tres días antes de la vista un defensor en el caso de omisión de los motivos, notificando pronto la providencia presidencial, tanto al condenado como al defensor, que tiene la obligación y el derecho al mismo tiempo de examinar en la Cancillería el proceso, y presentar, tres días después del nombramiento, a contar desde el día de la notificación, los motivos de la apelación.

No distinguimos entre condenados detenidos y condenados en libertad. En los primeros hay imposibilidad, falta de medios y alguna vez ignorancia para la presentación dentro del plazo legal de los motivos de apelación; en los segundos, imposibilidad económica e ignorancia. La cuestión que suscitamos no ha sido apreciada por la ciencia de los grandes números. El hecho diario de las apelaciones declaradas desiertas ha pasado hasta ahora inadvertido, siendo de gran

(1) Cas. Milán 13 de Junio de 1860.—Cambis. Borsani e Casorati, ob. cit., § 2.092.

transcendencia moral y jurídica. No se trata sólo del abandono de la apelación, y, por lo tanto, de la confirmación de la sentencia que pudiera alguna vez haber sido reformada totalmente, sino de las consecuencias jurídicas, de la condenación pasada en autoridad de cosa juzgada por la conformidad del magistrado superior, del concurso de la agravante de reincidencia en la hipótesis de un segundo delito cometido por el condenado, cuya apelación no pudo ser vista por la no presentación de los motivos.

Si se quisiera examinar bien esta cuestión desde el punto de vista estadístico, se contaría hasta el 30 por 100 de las apelaciones rechazadas por la omisión de motivos.

Ordinariamente, los defensores nombrados de oficio pocos son de confianza, y no se cuidan de presentar en el plazo marcado por la ley los motivos de la apelación propuesta, las más de las veces por el acusado (1).

Una de dos: o la apelación se suprime, y entonces la cuestión de la necesidad de la tardía presentación de los motivos de apelación no tiene ya importancia; o se mantiene, y entonces es de justicia que la propuesta de los motivos de apelación, no hecha por ignorancia del condenado o por negligencia del defensor, sea admitida fuera de tiempo por medio de abogado o procurador nombrado de oficio.

La apelación y el autorizar fuera de plazo la presentación de los motivos, no sólo lo juzgamos justo desde el aspecto del derecho constitucional moderno y del derecho filosófico, sino también que creemos no puede ser rechazado por la escuela positivista penal.

---

(1) V. Orano, *La recidiva nei reati*, cap. III, pág. 158.

El antropólogo, con su teoría de la anormalidad fisiológica del delincuente; el biólogo y sociólogo, con la teoría de la selección artificial; el criminalista, con la terrorífica doctrina de la eliminación del individuo desprovisto de instintos altruístas, suponen un delincuente, el salvaje, que por atavismo vuelve a la civilización; delincuente que tiene derecho, como el Estado, a ser garantido en sus derechos. La víbora, el perro rabioso de Le Bon (1), es necesario muerdan para ser muertos. Pero cuando el delincuente se presenta como tal por un error; cuando el perro rabioso de algunos positivistas no lo es, ¿tiene primero el derecho a defenderse y luego a no ser molestado? Nos parece que sí. Este es el objeto de la apelación en lo penal, de la tardía presentación de los motivos; la reparación de un derecho violado: *appellatio continet iniquitatis querelam* (2); la garantía del derecho individual, que no debe ser absorbido por el derecho social, sagrado cuanto pueden ser sus fundamentos. La sociedad no tiene derecho a defenderse de un inocente. La sociedad no debe castigar sino aquellas acciones malas que ofenden o ponen en peligro la seguridad social y los derechos de los ciudadanos. Es un postulado de la ciencia penal (3).

(1) Le Bon, *Revue philosophique.*

Sobre la nueva escuela penal véanse:

Ferri, *I nuovi orizzonti del diritto e della procedura penale.*

Garofalo, *La criminologia. Studio sul delitto sulle sue cause e sui mezzi di repressione.*

Lombroso, *L'uomo delincuente*, etc.

Constantino Galasso, *Patologia nella vita sociale.*

Roma, *Giornale politico quotidiano*, anno XXIV, 28 Aprile 1885, núm. 117.

Pavia, Plugia, etc.

(2) L. 17, *De minoribus.*

(3) Paoli, *Nozioni elementari di diritto penale.*

XXXV

No debemos terminar tan importante punto sin decir los Estados donde todavía subsiste la apelación.

Francia, Bélgica, el Imperio germánico y Austria, a pesar de la lucha vivísima entre abolicionistas y antiabolicionistas, sancionan el recurso de apelación (1).

Una escuela, que llamaremos oportunista, dice que la supresión no puede ser más que un lógico y natural corolario de la reforma general del organismo judicial y del proceso penal, y, por lo tanto, sería, no sólo importuno, sino peligroso, decretarla sin que aquélla le preceda (2).

Nosotros, abolicionistas moderados, opinamos que la apelación en lo penal es una institución jurídica, como tantas otras, destinada a morir, pero sólo cuando se encuentre institución que le reemplace y tenga por objeto garantir el Estado y el individuo (3).

XXXVI

La quinta jurisdicción de mérito o decisoria en lo criminal, según nosotros, es la Corte de Asisas.

El Jurado examinado desde el aspecto jurídico y social es una de las instituciones cuya razón de ser y

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. VI, § 2.007 y siguientes.

(2) Idem íd.

(3) La ley de Enjuiciamiento criminal vigente en España suprimió la apelación, estableciendo la instancia única ante Tribunal colegiado.

legitimidad no pueden ponerse en duda. Es el paladín de las libertades populares; es una institución enlazada al desenvolvimiento de las libertades políticas. Si la libertad no ha de ser una ironía, admitir la conciencia pública en los juicios penales es corolario de todo Gobierno libre. La participación de los ciudadanos en la administración de justicia es uno de los grandes principios de la moderna democracia representativa.

En nuestra Península el motivo de su introducción fué más político que jurídico. Concepto expuesto por todos los escritores: Gabelli, Bosellini, Pizzamiglio, Podrecca, Pisanelli, Palma, Arcoleo, etc.

No puede negarse: el Jurado se nos presenta compañero inseparable de libertad en la vieja Atenas, en la antigua Roma, en la Inglaterra medioeval, en las monarquías y en las repúblicas representativas modernas.

Apenas hecha constitucional Europa, no ha importado ni organizado la institución de los Pares ingleses, de los jueces de paz, de los scheriffes, de las Cortes judiciales, del Banco de la Reina, de la Cancillería del scanchiere; pero sí el Jurado.

Este hecho no es accidental; nace de la índole del Gobierno representativo y del concepto de la libertad, que es concurso, participación del pueblo en la cosa pública.

Si participa del Poder legislativo por la elección de los diputados y también por la de senadores, del Poder administrativo por el nombramiento de representantes municipales y provinciales, es natural se participe de la administración de justicia, si no por la elección de los jurados, sentándose como jueces en las Cortes de Asisas.

No está en lo cierto Garofalo al decir que el Jurado es un desgraciado recurso de la edad bárbara, considerado hoy como una institución inseparable de la libertad política de un país, y que este prejuicio ha hecho adoptar el Jurado por casi todos los pueblos que tienen una Constitución liberal (1).

El prejuicio es patrimonio de la ignorancia, no de la ciencia. Los escritores y estadistas que han sostenido y defendido el Jurado, no pueden considerarse como personalidades que obran bajo la influencia de un prejuicio. Nosotros no empleamos el concepto de prejuicio con los secuaces de la nueva escuela positiva penal, porque seamos enemigos de la pena de muerte, porque defiendan la vuelta al sistema inquisitivo, sostengan el castigo de la locura, la abolición de la imputabilidad moral, respetemos las convicciones científicas de una escuela que cuenta en sus filas ingenios de la talla de Lombroso, Moleschott, Tommasi, Morselli, Sergi, Ferri, Poletti, Mantegazza, Despine, Lacassagne, H. Spencer, Minzloff, Dmitry, Drill, Kraepelin, Willert, Liszt, Albrecht y otros (2), y nos dolemos vivamente al leer algunos trabajos que tienden a rebajarla dirigiéndole ataques poco justos.

El Galateo es un libro que debe estudiarse por todos: proletarios, burgueses, aristócratas.

Las expresiones *ridículo*, *científico*, *nihilismo*, *vana palabrería* y otros impropios calificativos dados a la dirección de la nueva escuela penal, no son serios (3).

---

(1) Garofalo, ob. cit., pág. 355.

(2) G. Fioretti, *Le ultime publicazioni dei capiscuola della dottrina positivista del diritto criminale.*

(3) A. Gabelli, *La nuova scuola di diritto penale in Italia. Nuova Antologia*, fasc. del 16 de Agosto.

La tolerancia debe ser la divisa del hombre de ciencia.

Los enemigos del progreso arrojaban también el ridículo sobre la nueva escuela política unitaria nacional e internacional. Y la *expresión geográfica, la tierra de los muertos*, la dividida Italia, es hoy una, poderosa y temida por los Estados que un día villanamente la humillaban. El nuevo derecho internacional inaugurado en Italia, agita los Estados que aspiran al principio unitario. Los viejos firmantes del Tratado de 1815 se reían del coloso del Derecho, Mancini, cuando desenvolvía en Turín los principios de la nueva escuela del derecho internacional, y hoy el principio de las nacionalidades informa el nuevo derecho público europeo.

Cuatro eminencias de la escuela clásica, Carrara, Mancini, Canonico y Pessina, hicieron observaciones críticas, pero con la calma y dignidad que deben ser las dotes distintivas del hombre de ciencia. No puede

---

Luccini, V. *Rivista penale*, Nov. e Dic. 1883, anno IX.

Arabia, *Della incompatibilità in alcuni concetti di ragion penale.* Filangieri, anno VII, fasc. V.

A. Buccellati, *Il nihilismo e la ragione del diritto penale.*

Idem, *Gli studii sperimentali e la sciencia del diritto penale.*

Idem, *La scuola italiana e francese.*

Idem, *I recenti adversari della sciencia del diritto penale.*

P. Barsanti, *La condizione degli innocenti nella scuola classica del diritto criminale.*

M. de Mario, *La selezione nel principio organico del diritto penale.*

Idem, *Sull moderno materialismo in diritto penale. Appunti critici.*

Idem, *Marasmo sociale e diritto punitivo. Gazzetino giuridico della Capitanata*, anno I, núms. 1 y 2.

L. Fulci, *Sulla nuova scuola criminale.*

Bovio, *La vecchia e nuova scuola di diritto penale. Prolusione*, 1886.

admitirse, por lo tanto, la afirmación de la escuela positivista, que el Jurado como institución política es el resultado de un prejuicio; no: es la lógica consecuencia del movimiento progresivo de la humanidad.

Desde el aspecto jurídico en sus relaciones con el sistema penal, la ciencia, en cuanto a su organización, no ha dicho la última palabra. Como sucede en todas las instituciones jurídicas, económicas, políticas, sociales, el Jurado atraviesa en la actualidad el período de reflexión, de examen lógico, crítico, desapasionado; el período sentimental terminó.

El Jurado debe estudiarse de cerca. Es ridículo hable quien no ha asistido jamás a un debate judicial penal. Diremos, con el diputado Fortis, por lo menos no tiene competencia.

Yo he juzgado siempre que esta institución constituye un paso de lo homogéneo a lo heterogéneo, de lo uno a lo vario, y, por lo tanto, indicaba un grado ulterior de evolución social.

El Jurado no riñe con la ley sociológica y biológica de la especialización de las funciones o división del trabajo, porque el juez de hecho no es necesario sea un jurista.

No somos abolicionistas, sino antiabolicionistas reformistas como Pessina, Carrara, Mancini y tantos otros cultivadores de la ciencia penal.

«Opinamos, decía Pessina, para que esta institución jurídica pueda responder a las exigencias de la justicia, necesita de algunas importantes reformas en su organización, de una transformación a la que han de concurrir los resultados de la experiencia y el fruto de maduros estudios (1): la ley del 8 de Junio de 1874 presenta algunas.».

(1) Sesión del 3 de Junio de 1885. Actas parlamentarias.

Nos parece que la introducción del Scabinato no mejoraría la justicia; así también piensan Schwarse, Zacharías, John, Vahlberg, Petsch, Seuffet, Mayer, Glaser, Borsani, Casorati, etc.; no la mejoraría tampoco el sistema mixto defendido por el Ministro Guardasellos, profesor Pessina, y combatido por Zetner, Mittermaier y Haeger.

La lucha habida en Alemania por el Scabinato revela que esta institución todavía no está apoyada por la crítica ni por la autoridad, ni es aconsejada por la conveniencia práctica, pues el scabino dependerá del magistrado;—será una institución inútil: el buen sentido, sinónimo de ignorancia, es imposible pueda resistir el poder de la ciencia, de la dialéctica del magistrado togado (1).

Volviendo al Jurado, el período de reflexión, no podemos negarlo, ofrece un número de abolicionistas muy respetable. Además de los secuaces de la nueva escuela positiva penal, defiende la abolición algún docto prosélito de la escuela clásica penal. Y no sólo en Italia se comienza a dudar de sus beneficiosos resultados en la administración de justicia, sino también en la vieja Inglaterra hay quien opina no responde a las debidas exigencias de la justicia (2).

El Jurado es un organismo que necesita reformarse para que funcione bien.

Durante un tiempo no breve, por razón de nues-

---

(1) V. John, *Commentario del Codice di procedura penale*, en donde es tratada la tan debatida cuestión en Alemania sobre los juicios por jurados y scabinos de un modo docto y magistral, vol. I, págs. 36 a 48.

(2) Palma, *Corso di diritto costituzionale*, vol. II, pág. 538. Garofalo, ob. cit., pág. 355.
Cesarini, ob. cit.

tro cargo, hemos estudiado de cerca la institución, y creemos que las modificaciones se deben hacer en los siguientes factores de su organización:

a) Formación de las listas.
b) Constitución orgánica de la Corte.
c) Derecho de recusación.
d) Redacción de preguntas.
e) Resumen del Presidente.
f) Respuesta de los jurados.
g) Remedio para los veredictos escandalosos.

XXXVII

Sabemos que el concepto, base de la justicia popular, es la suficiencia intelectual, la cultura general y la presunción de probidad no destruída por prueba en contrario. La ley de 8 de Junio de 1874 ha reconocido no hay razón para fundamentar el Jurado en el electorado político y ha seguido el sistema de las categorías.

A pesar de haber sido el propósito de la ley mejorar la administración de justicia y aumentar la confianza del país en el Jurado, sin embargo, se tiene que asistir al desconsolador espectáculo de oir leer el veredicto al Presidente deletreando y costándole grandes esfuerzos. No es una exageración, es una verdad histórica.

Deseamos, en interés de la institución, que el Jurado se componga de personas dotadas de tal inteligencia, de tan segura probidad, de tan firme independencia de carácter, que infunda confianza su veredicto y ayude de este modo a la justicia y a la seguridad públicas. A fin de dar mayor cultura al Ju-

rado, creemos deben extenderse las categorías a los comprendidos en el censo, exigiéndoles tener la licencia liceal o técnica para poder formar parte del Jurado.

«Para juzgar de un hecho criminal, no basta, dice Pessina, el simple buen sentido: se requiere un constante trabajo de análisis y de síntesis, fuerza de atención para uno, memoria para otra, prudencia práctica, ciertos conocimientos técnicos indispensables para resolver cuestiones concernientes a la existencia de hechos, a la prueba en general y a la prueba especial del delito» (1).

La ciencia no se adivina con conocimientos vulgares. Admitido el solo buen sentido, es necesario repetir con Fransolini: la ciencia está llamada a sufrir un examen ante la ignorancia, que la juzgará (2).

La reunión casual de doce jurados, aunque tengan buen sentido, sin cultura, no es prenda de la capacidad suficiente y definitiva, porque en los hechos psicológicos la reunión de individuos de buen sentido no da un resultado igual a la suma de cada uno de ellos, como parece a primera vista. Por la agregación de individuos de buen sentido se puede tener una asamblea sin sentido común, como en química por la combinación de dos gases se puede tener un cuerpo líquido. Los antiguos lo habían presentido al decir: *senatores boni viri, senatus autem mala bestia.*

Observa bien Mittermaier (3) y repite Turiello (4):

---

(1) Pessina, *Opuscoli.*

(2) F. Fransolini, *I giudizi sullo stato mentale alle Corti di Assise e la Giuria suppletoria*, cap. I, pág. 7.

(3) Mittermaier, *Processo orale*, § 27.

(4) Turiello, *Governo e gobernati*, cap, III, págs. 334 y siguientes.

sólo la cultura, unida a la moralidad, puede dar las mayores garantías y evitar veredictos inmorales. Comienzan a hacerse lugar estas ideas en la docta Alemania. Se empieza a comprender que los jurados, con sólo el buen sentido, no pueden resolver las graves cuestiones que suscitan la acusación, la defensa y la parte civil. Tal es el objeto de los trabajos de Dochow (1) y Schramm (2). Es uno de los prejuicios fatales, diremos con Spencer, que son obstáculos a la recta inteligencia de los fenómenos del mundo moral.

Instrúyase al pueblo hasta la total desaparición de los diez y seis millones de personas que en Italia no saben leer, y entonces el censo será un factor de la organización del Jurado.

La apreciación del desarrollo oral de la prueba, de la evolución del drama procesal, es la resultante de una labor lógica y crítica—hay necesidad del análisis y de la síntesis—de trabajo mental.

El buen sentido del aldeano, del hombre del campo, del hombre que no tiene cultura intelectual, no puede realizar el trabajo lógico, crítico, analítico, sintético, indispensable para formar el juicio, término del proceso, afirmando o negando la culpabilidad.

Por la ley de Asia de 13 de Septiembre de 1865 y la de Sajonia de 14 de Septiembre de 1868, se requiere para figurar en el censo poseer un título obtenido en una Universidad del reino. Admitimos que este requisito no es fácil reunir, pero el de la licencia liceal o técnica no presenta la dificultad que dicen los radicales defensores del sistema democrático judi-

(1) Dochow, *Der Reichsstat Process sistematisch dargestellt.*

(2) Schramm, *Die stralgerichte im deutschen Reich deren verfassung un verfahren mit besonderer Rücksicht auf Bayern.*

cial (1). La administración de justicia es una de las funciones, es uno de los órganos vitales para la existencia, para el movimiento, para la evolución del Estado. Ahora, en los actuales tiempos en que no se dice otra cosa que la magistratura togada no está a la altura de su misión; que se suceden proyectos a proyectos para la elevación intelectual de este poder del Estado; que publicistas, jurisconsultos, estadistas, magistrados, quieren en el juez togado muchos conocimientos e inteligencia; en el juez popular, en el ciudadano llamado a examinar el trabajo del juez togado, se contentan con sólo el buen sentido. Son teorías ridículas.

Los antiabolicionistas a todo trance repiten la fórmula hecha casi vulgar: *la ignorancia, que juzga por sentimiento, es preferible a la ciencia, que juzga por hábito.* Para creer verdadera esta idea, es necesario ser del todo extraño a los juicios de las Cortes de Asisas.

¿Es acaso el vulgar buen sentido o la ciencia quien ha creado la distinción entre el homicidio involuntario y el voluntario, entre la culpa y el dolo, entre e hurto y el fraude, esto es, toda la doctrina que poseemos para no confundir un hecho culpable con un inocente, apreciar las circunstancias que lo pueden hacer más o menos injusto, más o menos criminal, para descubrir las secretas intenciones de quien lo comete?

«No es posible, dice Pisanelli, entender que cuando precisamente se trata de juzgar si un hecho es o no culpable, la experiencia del agricultor valga más

(1) V. Manduca, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel distretto della corte d'Appello di Cagliari*, 1884.

que la del hombre culto» (1). Un monosílabo irresponsable e irrevocable que tiene por base la insuficiencia, ¿ofrece garantías?

En cuanto al hábito de juzgar, inmediatamente ocurre hacer la observación económica que la continua repetición de un trabajo dado perfecciona al operario; igualmente la repetición de determinado proceso moral evita el error en que frecuentemente incurre el que por vez primera está obligado a examinar un fenómeno social. «En la vida social, dice Pisanelli, cuanto más el hombre se eleva por el ingenio, tanto mayor es el horizonte que descubre» (2).

Reconocemos que la historia de los juicios ante magistrados togados registra errores: la infalibilidad no es propia del hombre; pero no son los errores que registra la historia de los juicios ante la magistratura popular. Quiérese sostener lo contrario recurriendo a la estadística, afirmando que, al fin, las decisiones de los jurados en Italia, dieron en general una proporción de absoluciones y condenaciones poco distinta de la que ofrece la magistratura permanente en los últimos años anteriores a la introducción del Jurado y a la que hoy funciona para los delitos correccionales. ¿Pero es esto verdad? ¿Es verdad cuanto se lee en la *Relazione del premio Ravizza* de 1871? La estadística no la entienden todos. En manos del inexperto, es capaz de legitimar cualquier error. La insuficiencia de los jurados es reconocida por abolicionistas y antiabolicionistas. Nos causa risa querer equiparar, en cuanto a los resultados jurídicos, el jurado de mediana o ninguna inteligencia, al magistra-

(1) Pisanelli, ob. cit.
(2) Idem, ob. cit.

do togado que antes de llegar a aquel puesto ha debido seguir una carrera, y, por lo tanto, su aptitud para juzgar no es problemática como la del jurado, y especialmente el del censo. ¿No sería dar preferencia, como dice bien Pisanelli, al empírico o al herbolario sobre el docto médico? Todos estamos de acuerdo: Pisanelli, Pizzamiglio, Gabelli, De Gioannis, Podrecca, Palma, Conforti, Pavia, etc. Un insigne hombre, Romagnosi, dijo: «En lo que se refiere a conocimientos, es incontestable que los jueces de profesión son *infinitamente superiores* a los jueces populares» (1).

Carrara es un reformista antiabolicionista, y habla así:

«Si un acusado tiene entre los jurados un protector hábil, un partidario influyente, tiene toda probabilidad de un buen éxito; se ve en esto la fundamental razón de ciertos veredictos que tal vez sorprenden y se conocen queriéndose antes de ser pronunciados. Me apoyo en documentos oficiales que tengo en abundancia, para afirmar que frecuentemente los jurados absuelven cuando piensan condenar, y frecuentemente condenan cuando tienen el pensamiento de absolver» (2).

Antes de Carrara lo dijo el fundador de la escuela antiabolicionista, Pisanelli: «Tal vez, escribía en su erudito trabajo sobre esta institución, para lograr su propósito el jurado se ve obligado a negar las cosas más manifiestas y afirmar las más absurdas» (3). «El juez popular, enfrente a lo momentáneo de sus accidentales funciones y al temor de los posibles futuros

(1) Romagnosi, *Sciencia delle Costituzioni*, vol. I, cap. VI, §§ 34 y 35.

(2) Carrara, *Pensieri sulla giuria. Opuscoli.*

(3) Pisanelli, ob. cit.

peligros, duda, vacila y cae», ha dicho un ilustre magistrado (1). Y siendo como es una verdad la existencia de veredictos escandalosos, ¿se puede en buena conciencia sostener que el Jurado, como está actualmente organizado, sea una escuela de moralidad para el pueblo?

Palma (2) y Guido Podrecca del Torre (3), demuestran no es exacta esta idea.

Gabelli duda (4). Dudamos todos los que estamos obligados a asistir con frecuencia al desconsolador espectáculo de escandalosas absoluciones, que además de mostrar el error de los que sostienen son los jurados más aptos que los magistrados para estimar el hecho, más solícitos y diligentes en el desempeño de su oficio temporal, que gozan de mayor confianza, prueban que la actual organización del Jurado es la negación de la justicia, que en la Sala de las Cortes de Asisas no siempre se recoge la impresión del poder de la justicia social.

Por estas circunstancias morales; por estas sociales condiciones, que se repiten en algunos fenómenos jurídicos, conmoviendo las conciencias honradas, la formación de las listas de jurados preocupa a los legisladores de todos los países. Con jurados inteligentes y honrados se tendrán veredictos justos; con jurados incapaces e inmorales, con jurados que se dejen

---

(1) Cesarini, *Dell'Appello in penale.*

(2) Palma, ob. cit., cap. XIII.

(3) G. Podrecca del Torre, *La riforma giudiziaria in Italia*, número 14.

(4) Gabelli, *Archivio giuridico.*

Mirabelli, *Relazione statistica*: Nápoles, 1874.

Tajani, *Rendiconto*, pág 112.

Pavia, *Studii sulla criminalità italiana nel* 1881.

Archivio di Psichiatria, vol. IV, fasc. 1.º

sobornar, que cedan a las bajas intrigas de algunos defensores, se tendrán veredictos inmorales, que no responden a las debidas exigencias de la justicia.

Fundados en estos motivos, insistimos en la necesidad de modificar la formación de las listas, dándose garantías de capacidad intelectual y moral en los jurados: inteligencia y moralidad deben ser los dos factores base de la formación de las listas. El jurado inteligente aprecia bien el desenvolvimiento de los hechos procesales;—con análisis crítico examina todos los elementos del debate oral;—con principios filosóficos exactos valúa las varias y contradictorias declaraciones de los testigos;—con criterio nacional aprecia las observaciones de la acusación y de la defensa;—con orden sintético agrupa en el silencio de la Sala de deliberaciones los elementos todos suministrados en el debate oral; profiere con conciencia, con independencia, con el valor cívico, el lacónico monosílabo *sí* o *no*.

El jurado moral rechaza con desdén cualquiera recomendación, cualquiera insinuación, cualquiera tentativa de soborno; pronuncia el *sí* o el *no* con el valor del hombre que se guía por la rectitud de su propia conciencia. Vivimos en una época que los grandes partidos políticos de otro tiempo en las pequeñas poblaciones se han vuelto facciones, esto es, partidos degenerados, sectas, como diría Bovio (1); transformación que influye de modo siniestro en la administración de la justicia popular, porque el odio, el rencor no se extinguen después de la lucha administrativa, política, electoral, sino que subsisten hasta en el ambiente que debería ser tranquilo y no apasio-

(1) Bovio, *Partiti politici in Europa.*

nado, en los momentos solemnes de la pronunciación del veredicto. Lo dijo uno de nuestros más ilustres defensores del Jurado, Pisanelli: «Por esto de ordinario, cuando son llamados al oficio de jurados, son indulgentes con los acusados de hechos que tienen su raíz en opiniones conformes a las suyas, y se muestran rigorosos con los que emplean medios para delinquir opuestos a las ideas que ellos profesan» (1).

Si los jurados participan de los sentimientos y causas del delito que se imputa a los acusados, como la rebelión de Irlanda y otros semejantes, los veredictos están siempre en oposición a las leyes. Los jurados, condenando o absolviendo, se dejan fácilmente arrastrar por las pasiones y prejuicios dominantes. En Inglaterra se ha observado irritanse contra las Compañías de caminos de hierro, de tal modo, que no distinguen lo justo de lo injusto. En América, hace años, los editores de un diario abolicionista fueron atacados por la plebe, matando a uno y los otros abandonados por muertos: en vano se procuró la condenación de tan infame delito. Los jurados, dominados por el mismo prejuicio, los absolvieron. Por otra parte, cuando se mata algún guardia de pública seguridad que perdió la vida en defensa de la ley, se dice no se ha muerto un hombre, sino un principio (2).

Estos defectos del Jurado no fueron remediados con el sistema de las categorías, inaugurado por la ley de 8 de Junio de 1874; ha mantenido el censo que no da más que una presunción muy problemática de suficiencia, máxime habida consideración al límite muy bajo asignado al mismo. Si, pues, se tiene en

(1) Pisanelli, ob. cit., pág. 30.
(2) V. Palma, ob. cit., cap. XIII, pág. 543.

cuenta que por las peculiares condiciones de nuestro país, el elemento de los comprendidos concurre en mayores proporciones que todo otro a la formación del Jurado, fácil será convencerse que con aquella reforma se está bien lejos de haber asegurado la aptitud.

Basado en estas ideas que llamaremos históricas o prácticas, porque no las pueden negar los que de cerca conocen el mecanismo del Jurado y el modo como funciona, creemos vital la reforma en la confección de las listas permanentes. La capacidad intelectual no se puede obtener más que con la garantía de la licencia liceal o técnica; la moral, con rigurosas informaciones de moralidad.

Estas ideas nuestras, anunciadas en una relación estadística que leímos el 5 de Enero de 1885 en la Corte de apelación de Cagliari, fueron en cierto modo censuradas por un periódico, que dijo: *entonces este juez popular no sería el pueblo* (1).

El Jurado debe representar la conciencia del país y, por lo tanto, representar en igual proporción todas las clases sociales. Convenimos en el principio. Pero es necesario convenir igualmente en que el objeto del Jurado no es solamente político, sino al mismo tiempo jurídico: la administración de justicia.

Si el acusado tiene derecho a no ser condenado no estando probada su inculpabilidad, la sociedad, dice Cesarini, tiene también el derecho de no ver andar libre al reo confeso, o cuya delincuencia se haya en el juicio plenamente demostrado (2).

Tales hipótesis, indicadas por el ilustre magistra-

(1) V. *Il Diritto*: Napoli, núm. 30, 1885.
(2) Cesarini, ob. cit., pág. 152.

do, se repiten a menudo con el actual sistema de formación de las listas (1).

No se puede afirmar intenten las reformas propuestas cambiar la institución, cuando tienen por objeto lograr funcione bien; cuando no tienen otra mira que la actuación del motivo determinado de la creación del Jurado, la mejor administración de la justicia penal.

La cultura y la moralidad no son elementos que repugnen a una institución jurídica.

Mientras el Jurado esté constituído como lo está hoy, no será jamás una garantía de justicia. Las absoluciones escandalosas no desaparecerán—la delincuencia aumentará—la justicia será una burla (2).

La reproducción de errores escandalosos por parte del Jurado es una verdad que reconocen todos, abolicionistas o no. De aquí los esfuerzos de publicistas honrados que, no queriendo suprimirlo, procuran hacerlo compatible con las debidas exigencias de la justicia, en él no siempre triunfadora. Pavia (3), Tu-

---

(1) Todos los representantes del Ministerio fiscal recomiendan en las estadísticas anuales la mayor reserva en la formación de las listas de jurados. El abogado Mariani en un trabajo, *La formazione delle liste dei jurati*, se queja de ser pocos los inscritos; quiere muchos, aunque sean ignorantes. Y después aún se pretende sostener que la defensa penal es una institución pública. ¡Lirismo!

(2) Legislación española.—Según el art. 9.º de la ley del Jurado, basta tener más de treinta años, estar en el pleno goce de los derechos civiles y políticos, saber leer y escribir y ser cabeza de familia y vecino en el término municipal respectivo, con cuatro ó más años de residencia, para ser jurado.

(3) Pavia, *Studii sulla criminalitá italiana nel* 1881. En el *Archivio di psichiatria*, vol. IV, fasc. I.

riello (1), Lombroso (2), Garofalo (3), Miraglia (4), Borgnini (5) y otros lo han demostrado. En nuestra no corta carrera registramos hechos capaces de conmover la conciencia del más ardiente antiabolicionista. En Reggio (Calabria) el acusado confiesa haber cometido el asesinato; declara el motivo, la causa impulsiva: el Jurado lo absuelve. En Oristano un eminente magistrado es asesinado por haber cumplido con su deber; poderosos indicios recaen sobre el acusado, viejo bandido: los jurados lo declaran inocente. En Cagliari un síndico es acusado de robo; se encuentran en su casa los objetos robados; es por el robado reconocido: los jueces del pueblo lo absuelven. En Nápoles dos acusados de robo y uno de asesinato frustrado confiesan su culpabilidad en una carta: eran padres de familia, y el Jurado contesta a todas las preguntas *no*. En Sicilia, en una de las Cortes de Asisas más importantes, un informe pericial escrito por los médicos más distinguidos de la isla afirma la existencia del veneno; la acusada confiesa: los jurados absuelven porque creen que la cantidad del veneno propinado a la víctima no habría podido producir la muerte, aunque ésta había acaecido por envenenamiento (6).

Los ejemplos se podían multiplicar sin fin.

Después de la prueba de tales errores, bastantes

---

(1) Turiello, *Goberno e gobernati*, cap. III, págs. 334 y siguientes.

(2) Lombroso, *Incremento del delitto in Italia*, pág. 53.

(3) Garofalo, ob. cit., págs. 352 y siguientes.

(4) Miraglia, *Discorso inaugurale*, 1880.

(5) Borgnini, *Discorso inaugurale alla Corte di Napoli*, 1880.

(6) También en España pueden citarse muchos casos análogos.

para hacer ineficaz el Código penal, opina Bodio (1) que el fenómeno de la criminalidad en Italia decrece, y se apoya en que disminuye notablemente el número de los condenados por las Cortes de Asisas. Es un nuevo criterio de estadística moral. Aparte de ser a menudo la absolución de un delincuente resultado de diversos motivos, la absolución de los jurados es casi siempre resultado de la ignorancia, de la inmoralidad, de ideas preconcebidas, del derecho de gracia que creen tener. La Comisión de Estatística, presidida por el senador Messedaglia, llega a la conclusión que en el año 1879 se manifestó en Italia una tendencia evidente a la disminución de la criminalidad, sobre todo en los delitos más graves (2).

El movimiento de la criminalidad en Italia es una cuestión de palpitante actualidad. Es costumbre general asegurar que Italia supera en criminalidad a la mayor parte de las naciones de Europa. Antes de afirmar esta nuestra inferioridad, conviene, dice el Procurador general de la Corte de Casación de Roma, De Falco, se examine la realidad de los hechos y descubrir mediante el análisis la naturaleza de los delitos más frecuentes.

El aumento o disminución de la criminalidad italiana es todavía un problema no resuelto por la estadística moral.

Sobre este gravísimo punto no están de acuerdo nuestros sabios. Algunos, como Beltrani-Scalia, Carpi, Ferri, Garofalo, Messedaglia, Gabelli, Lombroso, Turati, Ziino, Pavia, Crisafulli y otros distinguidos

---

(1) Bodio, *Nota letta all'Accademia dei Lincei il 20 Dicembre* 1885.

(2) *Corriere del Mattino,* anno XV, núm. 19.

cultivadores de las ciencias sociales, sostienen que Italia tiene el primado, no ciertamente el de Gioberti. Otros, como Bodio, Zanardelli, Ferracciù, Nocito, Curcio, Pierantoni, Oliva, Luccini y otros eminentes jurisconsultos defienden lo contrario, es decir, la disminución del delito. Otros, como el profesor Pessina, el Procurador general de la Corte de Casación de Roma, el Consejero Casorati, no se pronuncian categóricamente ni por el aumento ni por la disminución. En cuanto al llamado primado, creemos es una de tantas frases de *sensación*, porque no habiendo detallados cotejos con los Estados, a que más nos parecemos en legislación y costumbres; no estando el punto claramente demostrado por la estadística comparada, no se puede con certeza afirmar nuestra inferioridad en la delincuencia. Pero a pesar de las contradicciones existentes entre las cifras de la estadística judicial y las de la estadística política y del movimiento de detenidos en las cárceles, juzgamos no es muy lisonjero el estado de la criminalidad en Italia.

Convenimos con Pessina en que una opinión segura, cierta, del aumento o disminución, no se puede tener sin previo examen crítico de todos los volúmenes oficiales de la estadística judicial y de los factores todos de la moralidad del país; pero los respetables pareceres de algunos hombres eminentes merecen ser atendidos. Al leer lo que dice el Presidente del Consejo, honorable De Pretis, en su docto discurso pronunciado en la discusión del presupuesto del Interior del año 1883: «No debemos ilusionarnos y debemos proveer al mejoramiento del servicio de seguridad pública»; cuando el honorable De Renzis, en su relación sobre el presupuesto de gastos del Ministerio del Interior para el año 1883, lamenta que en Italia la delin-

cuencia arraigue con profundas raíces y tengamos un terrible *stock*, no de manufacturas, sino de malhechores; cuando leemos en los estudios y propuestas sobre la reforma penitenciaria en Italia, del Inspector general Beltrani-Scalia, que la marea del delito es espantosa y crece de un modo amenazador; cuando en la relación de Bodio de 14 de Febrero de 1884 leemos que la frecuencia de los delitos contra las personas es siempre mayor en Italia que en los Estados de la Europa occidental y septentrional; cuando leemos, en la carta abierta de Carpi al honorable Baccarini, que los delitos en Italia en todo el año exceden de 400.000; cuando observamos que en 1883 los condenados en Italia fueron 41.000, ¡oh!, entonces parece que la delincuencia en Italia es digna de ser profundamente estudiada.

Es un error estadístico el juzgar decrece la criminalidad de un Estado sólo porque uno, dos o tres años el delito se presenta en descenso.

La actividad social criminal tiene oscilaciones anuales que no son criterios seguros de la regeneración criminal de un Estado, puesto que tales disminuciones, además de ser resultado de parciales y pasajeras fluctuaciones, pueden también depender de causas extrañas a las condiciones afectivas de la vida criminosa. Igualmente no es idea exacta en estadística limitar el movimiento de la criminalidad de un Estado a los solos delitos que atacan la propiedad y la integridad personal. La moralidad de un Estado no es más que la resultante del mayor o menor desarrollo criminal. El delito grave o leve significa un desequilibrio social.

La estadística tiene el deber de fundar todos sus principios sobre el estado social de la criminalidad.

Una estadística, que no es la expresión del estado exacto de la criminalidad total de un pueblo; que no comprende el completo y periódico movimiento de la delincuencia, todo el fenómeno criminal del organismo social, no puede servir de base a reformas legislativas (1).

El fenómeno de la criminalidad, dice Bodio (2), es muy complejo. No es cosa fácil establecer si está en aumento o en disminución, pues a la verdad no todos los delitos están al mismo tiempo en disminución, no todos están simultáneamente en aumento en todas las provincias, no es un descenso continuo que no dé lugar a detenciones y retrocesos, en todo caso de breve duración. Se trata de determinar la resultante de muchísimos componentes con rumbo distinto.

Volvamos a la organización del Jurado.

XXXVIII

También es grave cuestión la de la constitución orgánica de la Corte de Asisas.

El actual sistema de composición de la magistratura en las dichas Cortes no responde a lo que exige la justicia.

Los diversos proyectos ministeriales demuestran que la intervención judicial en la constitución de las Cortes de Asisas necesita radical reforma (3).

---

(1) Manduca, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel Distretto della Corte d'Appello di Cagliari nell'anno* 1884: Cagliari, Tipografía già A. Timon, 1885.

(2) Bodio, ob. cit. V. *Corriere del Mattino*, anno XV, número 19, 1886.

(3) Proyectos del Guardasellos Mancini. Actas parlamen-

La organización de 1865 comparada con la organización de 1859, señala un retroceso en nuestras leyes. Lo probaremos.

No satisface las exigencias de la justicia el sistema propuesto por Righi (1), el cual no es más que la reproducción del contenido en el proyecto de ley presentado a la Cámara de los Diputados por el Ministro Guardasellos Villa en la sesión del 9 de Marzo de 1880, y acerca del que dió dictamen la Comisión — relator, Vastarini-Cresi — en 19 de Noviembre de 1881, accediendo a la modificación.

Los sistemas que conoce la ciencia en esta cuestión pueden reducirse a dos:

a) El magistrado único.

b) La magistratura colegial (2).

En cuanto al primer sistema, la división de los escritores se refiere a los poderes presidenciales. Unos quieren un Presidente con todas las funciones de inquisición y judiciales que le son atribuídas por la legislación vigente, desde el interrogatorio de los acusados al examen de los testigos y a la solución de los incidentes propuestos por la acusación y por la defensa, desde el muy importante de la reducción de

---

tarias de la Cámara de Diputados, 1886, 1887, núms. 122 y 123.

Idem del Guardasellos Tajani, publicado en Julio de 1879, pero no presentado a la Cámara por haber sobrevenido cambio de Ministerio.

Idem del Guardasellos Villa. Actas parlamentarias de la Cámara de los Diputados. Sesiones de 1880, núm. 70.

Idem de los diputados Martelli y Bizzozero. Actas de la Cámara de los Diputados. Sesiones de 1878, núm. 22.

(1) Righi, *Relazione* cit., pág. 145.

(2) V. Cesarini, ob. cit., págs. 147 y siguientes.

Bortolucci, ob. cit., pág. 55.

Ratti, ob. cit., pág. 44.

los testigos de descargo a la redacción de las preguntas.

Otros opinan que la acción penal debe ser desarrollada en todas sus fases, desde el principio hasta el fin, por el Ministerio público; que el Presidente ha de ser relevado de algunas funciones inquisitorias que le son atribuídas por la actual legislación, y dando un paso hacia el procedimiento acusatorio, sea constituído juez y moderador entre las partes, encargado de dirimir los conflictos y de regular los opuestos intereses. Intentan hacer desaparecer, en una palabra, la poco justa confusión en el Presidente de funciones de investigador y de juez (1).

Entre los sostenedores de la magistratura colegial, unos quieren que la Corte sea formada por tres jueces de Tribunal, teniendo el más antiguo las funciones de Presidente; otros, al contrario, por tres Consejeros, teniendo el más antiguo las funciones de Presidente.

Impenitentes adversarios del juez único, no encontramos racional el primer sistema.

Hecha abstracción de que atendiendo al pauperismo judicial, como dirían Mirabelli (2), Lozzi (3) y Pironti (4), difícilmente se podría encontrar para los muchos Círculos de Asisas un número no indiferente de notables jurisconsultos y publicistas que por sí solos pudieran resolver las muchas e imprevistas difi-

(1) Legislación española.—El Tribunal de derecho en el juicio por jurados se compone de tres magistrados de Audiencia de lo criminal, siendo Presidente el de la Audiencia de la Sala, de la Sección, o el magistrado más antiguo.

(2) Mirabelli, ob. cit.

(3) Lozzi, ob. cit.

(4) Pironti, *Discorso inaugurale pel* 1882 *davanti la Corte di Cassazione di Napoli.*

cultades que surgen en los debates penales: la idea del Presidente único, docto cuanto se quiera, es muy desgraciada. Fijándose, por otro lado, en la tendencia invasora, por lo general, de los Presidentes, el magistrado único sería el árbitro, el déspota de los juicios populares. Cuanto más poder tiene, cuanto más alto se encuentra el juez único, tanto más peligroso es el ejercicio de sus funciones para la justicia.

De un Pretor a un Presidente de Corte de Asisas, hay una distancia inmensa que los separa. Todos los poderes son invasores, porque el hombre por naturaleza tiende al despotismo. El respectivo contrapeso los hace armónicos y políticamente justos y liberales en el ejercicio de sus funciones. Son verdades que no necesitan demostración.

El Presidente solo, tenga o no los poderes de investigación, sería una desventura y en algunas circunstancias un absurdo jurídico. En la evolución del proceso oral pueden suscitarse cuestiones sobre las cuales, en la instrucción preparatoria, el Presidente hubiera dado su opinión, y además incidentes contenciosos, como, por ejemplo, sobre la pertinencia o no de una petición de las partes, el modo como están formuladas las preguntas, admisibilidad o no de un documento, lectura de una declaración, etc., en los que el Presidente reveló de alguna manera su pensamiento: ¿Hay garantía cuando el mismo magistrado es obligado a decidir puntos acerca de los que ha manifestado su parecer? La discusión del incidente, se dice, podría hacerle variar; pero éstas son observaciones demasiado ingeniosas. Un magistrado que se respeta no es tan ligero en la expresión de su opinión, para retractarla pocos minutos después y en la misma audiencia.

Aquí, según costumbre, las citas de los amantes de la historia y de los anglomanos, del pretor romano y del magistrado único inglés.

Nuestra época, maniática por las reformas, no encontrando ya nuevos tipos en las exhaustas fuentes de la actualidad, vuelve a las instituciones antiguas sepultadas por la poderosa ley del progreso. El retorno a lo antiguo es una aspiración falsa, una fatal equivocación, diría un ilustre magistrado (1). Tiempos, costumbres, formas políticas y religiosas hacen el sistema de trasplanteamiento de instituciones ilógico, irracional. El ingerto de lo antiguo en lo moderno, es una aberración. Es falso comparar las instituciones con las modas, que no tienen otra ley que el capricho.

El fundamento de los defensores de las teorías históricas en las cuestiones por nosotros indicadas, es reputado erróneo por la sociología.

¿El actual ambiente social permite la negación de la personalidad civil y jurídica del hombre, como en los tiempos que se quieren evocar? La moderna organización política y social es completamente distinta de la que tuvo la Roma antigua. Es necesario ser extraño al derecho público moderno para sostener de cualquier modo un principio semejante. Gran distancia separa las funciones que tenía el *judex quaestiones*, de las atribuídas a nuestra Corte de Asisas (2). Que-

(1) G. Borgnini, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel distretto della Corte d'Appello di Napoli nell'anno* 1884, pág. 21.

(2) Cicerón, *Pro Cluent.*, 23, 54.
Idem, *In Verrem.*, 1, 10, 13.
Séneca, *De Beneficiis*, cap. III, 7.
Plinio, *Hist. natur.*, praef.
Tito Livio, XLIII, 22.

rer resucitar una institución romana y plantearla en los tiempos modernos, es un deseo que revela pocos conocimientos históricos, confusión de dos períodos sociales esencialmente distintos.

El ejemplo de la legislación inglesa es efecto de la anglomanía. No todas las instituciones florecen en todos los lugares. Inglaterra difiere mucho de nosotros por su organización económica, jurídica y social. La moralidad inglesa no se encuentra entre nosotros. El Presidente de las Asisas en Inglaterra es siempre una personalidad sobresaliente, un eminente abogado, un miembro de la Corte del Banco de la Reina, del Banco común o de otras altas jurisdicciones (1). Allí el pauperismo judicial no se conoce. En aquella tierra, cuna de la libertad, fundadora de las instituciones más liberales, la razón económica es desconocida en la administración de justicia. El pueblo británico tiene un respeto tradicional a la magistratura.

El sistema político, económico, financiero, social, jurídico, moral, intelectual, en suma, la organización social inglesa, es muy distinta de la nuestra; por consecuencia, es idealismo censurable querer plantear entre nosotros la institución del Presidente solo, en donde, es necesario confesarlo, no siempre se encuentra un magistrado que esté a la altura de su misión.

La colegialidad de la magistratura de Asisas, adoptada por casi todos los Estados europeos, es el único que ofrece todas las garantías sociales e individuales,

Pero no creemos acertada la idea de constituir el

Saredo, ob. cit., núms. 60 y siguientes, vol. I.
Ratti, ob. cit.
(1) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, § 1.642.

Colegio de las Cortes de Asisas con tres miembros del Tribunal, porque, a nuestro modo de ver, no presentan las prendas de capacidad e independencia tan necesarias en la vida judicial.

Para nosotros, el mejor sistema es el sancionado en la ley orgánica de 1859, modificado, no por el desgraciado éxito, sino por sugestión de la razón económica, que no debiera jamás prevalecer si se torna en daño de la justicia. La sustitución de Consejeros de la Corte de apelación por jueces del Tribunal, fue idea poco feliz. La organización de 1865 la acogió, porque todavía la breve experiencia no había demostrado los inconvenientes de la imprevisora reforma.

Con la organización judicial de la Corte de Asisas, la garantía de la colegialidad desaparece. El Presidente de la Corte de Asisas hoy no es más que la encarnación del principio autoritario: *el Estado soy yo.*

Acerca de este punto observa bien Ruiz: el Presidente absorbe el voto de los jueces (1).

Todo lo hace el Presidente. Los jueces asesores no son más que muñecos moviéndose según los deseos del Presidente, quien los domina con la fascinación de los cordones dorados. El asesor juez de Tribunal nunca disiente de las ideas presidenciales. Su intervención en el desarrollo del drama judicial no se reduce a otra cosa, en casi todas las Cortes de Asisas del reino, que al humillante trabajo del resumen de los procesos que han de verse—sistema poco digno para el juez y poco acertado, pues sin el estudio de la causa es imposible que el Presidente dirija bien la instruc-

(1) Ruiz, *Sulla riforma giudiziaria.* V. *Il Filangieri. Rivista giuridica italiana*, anno X, parte I, dispensa Novembre, número 11, pág. 752.

ción oral—, y concreta las operaciones presidenciales, en último término, a una material e inactiva asistencia. La garantía de la discusión es una ironía. Con frecuencia el asesor se encuentra en condiciones muy lamentables. Y sin libertad e independencia, sin la capacidad necesaria para sostener la discusión con el Presidente, que lo humilla por la superioridad del grado y por la presunta mayor capacidad, difícilmente puede proferir una franca opinión, en especial si no hay acuerdo entre el Procurador general que ocupa el banco de la acusación y el Consejero que dirige el juicio.

Son dos individualidades superiores en grado al pobre juez de Tribunal; son dos funcionarios que, aun admitida la hipótesis de una capacidad admirable, de una digna independencia, queriendo o sin querer sufre el influjo de una más alta posición jerárquica, particularmente cuando son llamados a resolver un conflicto suscitado por las partes contra una providencia del mismo Presidente. La forma actual de la colegialidad de la magistratura de Asisas no tiene otra consecuencia que substraer al Presidente de la responsabilidad de sus actos.

Por todos es sabido que a menudo los dos jueces que componen la Corte de Asisas son los menos instruídos y los menos laboriosos del Colegio. Y es imposible la libertad, la independencia de un grado inferior que no está a la altura de sus funciones. Por esto, la vigente forma de la colegialidad no es más que una garantía aparente, poco digna, poco acertada, que de ningún modo responde a las debidas exigencias de la justicia social.

El único sistema aceptable para nosotros sería la colegialidad prescripta en la ley de organización ju-

dicial de 1859, esto es, tres miembros de la Corte, teniendo el más antiguo la presidencia, sin otra función inquisitoria, llamados sólo a decidir las cuestiones que se susciten por la acusación y la defensa en los incidentes todos del debate, perteneciendo al Procurador General o a su sustituto (1) el derecho de

(1) Adoptado nuestro sistema, el M. P. en la Corte de Asisas deberá ser siempre representado por el Procurador general o por uno de sus sustitutos; deberá ser radicalmente prohibida la delegación a Procuradores del Rey y a sus sustitutos. Es gravísimo error delegar las elevadas e importantes funciones del M. P. a los adjuntos judiciales, jóvenes sin experiencia, sin circunspección, con pocos estudios, sin independencia, sin libertad de elección, sin el debido prestigio intelectual y económico requerido para estar enfrente de una Corte compuesta de Consejeros y abogados, casi siempre distinguidos por sus estudios, ágil ingenio, dialéctica apremiante, enérgica palabra, y a jurados de edad madura. La delegación en un adjunto judicial no es conveniente. Los Tribunales de casación de Roma y Turín creen es conforme a los principios de Derecho; nosotros opinamos es la negación del Derecho, la violación de todos los principios orgánicos de la institución M. P. El antiguo Ministro Guardasellos Mancini lo condenó en oportuna y docta circular. Capacidad, independencia, libertad de acción, prontitud de juicio, intuición, palabra fácil e intencionada, dotes necesarias para el M. P. que se sienta en el banco de la acusación de una Corte de Asisas, son dotes que no se pueden con frecuencia encontrar en un adjunto judicial, que además se encuentra embarazado ante una Corte de superioridad indiscutible, representando él, desde el punto de vista de la retribución, el pauperismo en la vida judicial. Los mismos jurados no pueden tener mucha confianza en las observaciones que se hacen por un joven. En suma: el adjunto judicial en la Corte de Asisas es la negación del prestigio, de la dignidad, de la garantía social. Los poderes se moderan cuando son de igual potencia. Basados en esta consideración de orden público, opinamos debe prohibirse también la delegación en los Procuradores del Rey y en sus sustitutos. Frente a un Colegio compuesto de magistrados superiores, de Consejeros de Cor-

desenvolver los elementos que constituyen la prueba oral, comenzando por el primer acto instructorio y terminando con la propuesta de las preguntas.

Se obtendría con el planteamiento de este sistema la libertad e independencia del voto; entre iguales no puede haber más que la influencia del mérito, de la capacidad, y en un Consejero de la Corte de apelación se presumen mayor instrucción, inteligencia y experiencia de las que se pueden presumir en un juez de Tribunal; se lograría mayor prestigio; las resoluciones representarían el voto del Colegio, y no sólo el del Presidente, árbitro de la Cámara de Consejo; mayor justicia; la resolución sería la resultante de una discusión entre magistrados de igual grado; la mayor imparcialidad, ya que no teniendo el Presidente ni el Colegio el ejercicio de funciones inquisitivas, se encuentran en un ambiente eminentemente puro: intervienen en la lucha sólo para resolver las cuestiones suscitadas por las partes.

Tiene también otra ventaja jurídico-económica. En las causas que se prolongan varios días, enfermando el Presidente en el curso de los debates, con la actual organización es menester mandar la causa, que ha costado al Erario grandes sumas, a otra Sección.

---

te, para contrabalancear su fuerza moral y numérica al mismo tiempo, se requiere que las funciones del M. P. sean ejercidas por magistrados de igual grado y de instrucción seria y segura. Verdad es que entonces sería necesario el aumento de sustitutos de Procuradores generales, atendido el número de Cortes de Asisas. Pero como el número de negocios civiles en las Cortes ha hecho aumentar el número de Consejeros bajo el nombre de agregados, igualmente, exigiéndolo la administración de justicia penal, es regular sea aumentado el número de sustitutos Procuradores generales. Riñen la economía y la recta justicia.

Si se adoptan nuestras ideas, se puede evitar tan serio inconveniente añadiendo a la Corte un juez suplente, y en el caso de enfermedad imprevista del Presidente, podría continuar desempeñando las funciones presidenciales uno de los tres Consejeros. Acaece con frecuencia en la práctica, se remitan causas que se han prolongado muchos días a otra Sección por enfermedad del Presidente y no poderlo nadie substituir. Cesarini dice: «La Corte compuesta de tres magistrados, es prenda segura de sabiduría» (1).

XXXIX

Igualmente grave es la cuestión del derecho de recusación. Es menester que el juez popular sea, no sólo capaz e imparcial, sino que goce de la confianza de las partes. *Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset* (2).

El ejercicio de este derecho tiene influencia poderosa en el éxito final del juicio. La práctica enseña que la justicia del veredicto depende de la composición del Jurado, y, por lo tanto, del ejercicio del derecho de recusación.

Debe rodearse de garantías, especialmente en los Gobiernos parlamentarios, cuya vitalidad depende mucho de la vitalidad de los partidos políticos.

Cuanto más rica y libremente se forma la vida política, tanto más de un modo pronunciado se pre-

(1) Cesarini, ob. cit., pág. 151.
(2) Cicerón, *Pro Cluentio*, cap. XXXIII.

sentan los partidos políticos, que no son al fin más que producto y representación de las diversas corrientes del espíritu público, el cual mueve la vida popular en el seno de la organización jurídica y política. «Los partidos son al Gobierno de un pueblo lo que a un carro las ruedas por una parte y la fuerza de tracción por la otra; sin aquéllas no camina, sin ésta no tiene movimiento seguro y regular», decía Bonghi, en Octubre de 1877, a sus electores de Pieve di Soligo. Hecha abstracción de la existencia de partidos degenerados, de facciones, así como en las elecciones los partidos luchan unos contra otros por la victoria, pues sus representantes están de acuerdo en el fin y disienten sólo en los medios, no se pueden evitar las luchas personales que no dejan el ánimo tranquilo y quieto; dejan algo que se parece al rencor. El adversario político, inteligente, moral, cuanto se quiera, está siempre bajo la influencia de la pasión, que es fatal en la administración de justicia. Lo afirman Burk, Stahl, Rohmer, Burkhardt, Wachimut, Frantz, Bluntschli, Hallam, Bagehot, Macaulay, Mill, Laveleye, Guizot, Castelar, Broggio, Guerrazzi, Bonghi, Balbo, Scialoia, Saredo, Minghetti, Spaventa, Carruti, Palma, Bovio, etc. Las últimas elecciones de los principales Estados lo prueban.

En la misma Inglaterra, donde, según Mittermaier (1), todo ciudadano tiene una profunda convicción que ningún jurado se dejará influir en el juicio por sus opiniones políticas, como atestigua Stephen (2) sucede a menudo que los jurados que habitan una lo-

(1) Mittermaier, *Trattato della procedura criminale dell'Inghilterra, della Scozia e dell'America del Nord*, §§ 23 y siguientes.
(2) Stephen, *Trattato della legge criminale*, pág. 205.

calidad dada se encuentran bajo la influencia de prevenciones de tal naturaleza, que comprometen su imparcialidad, y por esto los escritores recomiendan en un gran número de casos pedir el juicio de jurados especiales (1).

Si esto acontece en los grandes centros de población donde se agitan los partidos políticos, ¿qué ha de decirse de los pequeños centros donde no se conocen más que facciones en vez de partidos políticos; donde a menudo el adversario se venga con la escopeta, el puñal, y muchas veces con la calumnia? Tanto la acusación como el acusado, ¿pueden tener confianza en jueces que han puesto en práctica todos los medios inmorales para obtener sobre su enemigo político la victoria? La ciencia censura se exija al Jurado sea elector político, porque así se desnaturaliza la institución (2).

Por éstos y otros motivos, como la ignorancia, la inmoralidad, etc., para garantir la imparcial administración de la justicia popular, que debe fundarse en la confianza del acusador y del acusado, en los que sentencian el juicio, se ha creado en todos los pueblos antiguos y modernos la recusación.

En las jurisdicciones de la legislación romana conocidas con el nombre de *quaestiones*, se ve la *sortitio*, *subsortitio*, la recusación perentoria. *Sors et urna fisco judicem assignat; licet rejicere; licet exclamare: Hunc nolo*, escribía Plinio (3).

El Derecho canónico, siguiendo el romano, adoptó

---

(1) Mittermaier, ob. cit.

(2) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, §§ 1.750 y siguientes.

(3) Plinio, *Panegírico de Trajano*, XXXVI.

la recusación motivada para los verdaderos y propios magistrados (1).

El desenvolvimiento progresivo del Jurado produce en Inglaterra no sólo la recusación motivada, sino también la perentoria (2), y la motivada completa o absoluta (3).

En América la recusación es perentoria y motivada. Toda la lista puede ser rechazada probando que no se han observado las formas prescritas por la ley en la formación de las listas preliminares, o que el funcionario encargado de la formación—*scherif*—había intencionalmente dejado de extraer uno o más nombres de la lista primera (4).

La vigente legislación francesa no admite más que la recusación perentoria (5).

En Bélgica las recusaciones son todas perentorias (6).

El Código alemán de procedimiento penal y el austriaco admiten la recusación perentoria (7).

Casi conforme al sistema francés y belga está organizada la recusación en gran parte de las otras legislaciones europeas (8) (9).

---

(1) Novela LXXXVII, cap. II.
(2) Mittermaier, ob. cit, § 23.
Stephen, *Nuovo commento delle leggi d'Inghilterra*, vol. IV.
(3) Aignan, *Storia del giuri.*
Pizzamiglio, *Il giurati in Italia.*
Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, § 1.760.
(4) Mittermaier, obra y lugar citados.
(5) Hélie, ob. cit., § 603.
(6) Borsani e Casorati, obra y lugar citados.
(7) Borsani e Casorati, obra y lugar citados.
(8) Borsani e Casorati, obra y lugar citados.
(9) Legislación española.—Existe la recusación motivada, art. 44 de la ley del Jurado, y además, según el 56, el pro-

La ley de 1874, entre nosotros, admitió en su artículo 37 la recusación motivada, que puede ejercerse de oficio y que es muy diferente de la recusación motivada adoptada por las legislaciones inglesa y americana, que distinguen la recusación motivada de las otras de diversa índole, perteneciendo resolver la primera al magistrado y las segundas a los árbitros.

La organización de la recusación en nuestra vigente legislación se funda en los siguientes principios:

Recusación perentoria y recusación motivada;—ejercicio de la recusación perentoria a puerta cerrada, excluído el público y los jurados;—limitación de la recusación al número de diez y seis jurados;—igualdad a lo más entre las partes en la recusación, excepto cuando son diversos los acusados;—precedencia del Ministerio público en la recusación;—precedencia respecto a los otros del acusado, cuyo nombre, según el art. 29 del Reglamento, ha sido extraído por el Presidente en la declaración de la recusación, si los acusados no se han puesto de acuerdo previamente, y la suerte debe regular el orden entre ellos (1).

En cuanto a la recusación, creemos que el mejor sistema es la recusación motivada. Así se evitarán las recusaciones que se hacen por complacer, y alejan del Jurado los mejores ciudadanos; se harán des-

---

cesado o los procesados de una parte, y de otra el Fiscal y los acusadores particulares, manifestarán si aceptan o recusan como jurado al designado por la suerte, sin tener necesidad de fundar la recusación.

(1) V. Ley de 8 de Junio de 1874, núm. 1.937.
Reglamento de 1.° de Septiembre de 1874, núm. 2.061.
V. Casorati, *La nuova legge sul giuri*. Comentario al art. 41.

aparecer las escandalosas intrigas para obtener un Jurado compuesto de hombres ignorantes e inmorales.

Reconocemos que la recusación motivada requiere tiempo para la prueba y resolución, y se hiere la susceptibilidad de los jurados recusados; pero la cuestión de tiempo no merece ser examinada. En la administración de justicia es necesario se camine lentamente; los resentimientos y rencores de los jurados recusados no es inconveniente grave por doble motivo: primero, porque en la justicia se deben despreciar los rencores de las partes; y segundo, porque así no se abusará del derecho de recusación. Admitiéndose las dos recusaciones, la perentoria y la motivada, ha de adoptarse el sistema inglés y americano, y en especial el escocés, según el cual el acusador y el acusado pueden recusar un jurado por causas determinadas (1).

Con el sistema vigente sucede a veces que, agotadas las recusaciones, quedan algunos jurados que, ya por la incapacidad intelectual y moral, ya por su ineptitud y color político, no debieran formar parte del Jurado y la forman a pesar de que la acusación y la defensa conocen con anterioridad estas condiciones.

El que ha estudiado bien la constitución de este Tribunal sabe que la imparcialidad y la confianza en los jurados es según las causas que se discuten. Un jurado puede ser bueno en una causa y malo en otra. Un jurado amigo del acusado o del interfecto no goza

(1) Mittermaier, obra y lugar citados.
Proyecto de Código penal y de Procedimiento penal inglés de 1878.
Borsani e Casorati, ob. cit., § 1.717.

de la confianza de las partes en una causa en la cual el acusado o el hijo de la víctima es su enemigo por su color político, mientras en otras cualesquiera ofrece todas las condiciones de un buen jurado. También el elemento político influye en el acierto de los veredictos.

Un enemigo de las actuales instituciones ejerce su baja y villana venganza pronunciando un *no* para hacer odiosa una institución que, quiera o no quiera, es fruto de la libertad. A algunos parecerá imposible; pero quien ha estudiado de cerca el mecanismo jurídico del Jurado sabe perfectamente que tales escándalos suceden a menudo.

Por lo que se refiere al derecho de recusación de la defensa en la hipótesis de varios acusados, la supresión de la disposición final, primera parte del artículo 41 de la ley de 8 de Junio de 1874, sería una consecuencia lógica de la absoluta igualdad entre las partes: aquel precepto rompe el equilibrio y la igualdad entre la acusación y la defensa.

Por la lectura de las actas de la discusión de la ley de 1874, parece no ha sido bien comprendido aquel precepto, pues mientras se discutió en uno y otro Cuerpo Colegislador la conveniencia de admitir o rechazar la absoluta igualdad del derecho de recusación, no se levantó una voz para apoyar o combatir la utilidad de extender el derecho de la defensa en la hipótesis de varios acusados.

Lo poco racional y la contradicción de la ley con los principios que informan el Jurado, resulta virtualmente de la doctrina y jurisprudencia de las Cortes. A la verdad, a pesar de su letra, aclarada por la Relación ministerial, la cuestión es resuelta de distintos modos por los escritores y por las Cortes de casación.

Los trabajos de Saluto (1), Manfredini (2), Brusa (3), Mel (4), Casorati y Borsani (5), Narici (6) y otros, las Casaciones de Roma (7), Turín (8) y Nápoles (9), lo demuestran.

Se observa, al contrario, por algún escritor, que la extensión excepcional del derecho de recusación de la defensa, cuando la causa comprende varios acusados, no puede perjudicar a la justicia social, representada por la facultad de recusar concedida al Ministerio público, porque éste puede siempre utilizarla íntegramente; y en último término, la eventualidad desfavorable, que nace del resultado del sorteo, es igual para la acusación como para la defensa (10).

La práctica enseña lo opuesto. El que no es ajeno a las Cortes de Asisas, sabe qué gran distancia separa la acusación de la defensa en cuanto se refiere al objeto de la recusación. El Ministerio fiscal no tiene otro fin que el triunfo de la justicia, no va al debate con ideas preconcebidas. Muy distinta la defensa, no mira a otra cosa más que al triunfo de la impunidad, sea o no inocente su defendido; se presenta siempre en el juicio con la idea preconcebida de la absolu-

---

(1) Saluto, ob. cit., núm. 1.717.

(2) Manfredini, *Il giurato italiano*, pág. 203.

(3) Brusa, *Note alla legge sui giurati, nella giurisprudenza italiana;* Bettini, vol. XXVII, parte III, pág. 62.

(4) Mel, *Diritto positivo penale italiano*, pág. 584.

(5) Borsani e Casorati, ob. cit., § 1.766.

(6) Narici, *Sulla ricusa dei giurati: studio d'interpretazione degli art.* 40 *e* 41 *della legge* 8 *giugno* 1874. *Rivista penale di Luccini*, vol. XII, fasc. III, págs. 224 y siguientes.

(7) Borsani e Casorati, obra y lugar citados.

(8) Idem, obra y lugar citados.

(9) Idem, obra y lugar citados.

(10) Borsani e Casorati, ob. cit., § 1.767.

ción. Por consecuencia, mientras el Ministerio fiscal hace esfuerzos para formar un Jurado honrado, capaz, puro como la justicia que representa, la defensa, que conoce mejor los jurados que el Fiscal, con frecuencia extraño a la tierra donde se ventila la causa, pone en juego todos los medios posibles, aun los menos lícitos, para componer un Jurado de amigos del acusado, de hombres sencillos, de lo peor. No es, pues, verdad que el derecho excepcional de la extensión de la recusación no atente a los principios de justicia social.

La experiencia nos enseña que dependiendo de la suerte la composición del Jurado, sucede en el caso de varios acusados que salen de la urna catorce nombres de la confianza del Fiscal; no los recusa; pero pudiendo la defensa recusar hasta diez y seis, son por ésta recusados, y he aquí ya constituído un jurado de personas de la confianza de los reos, lo que significa tanto como absolución, impunidad, daño a la justicia social.

Las instituciones jurídicas se deben examinar, no sólo desde el aspecto teórico, sino también en la práctica. El realismo, en oposición al idealismo, afirma que el art. 41 de la ley de 8 de Junio de 1874 consagra una excepción poco conveniente, un privilegio contrario a la recta administración de justicia, en cuyo nombre se pide la abrogación.

Las cuestiones relativas a la criminalidad debieran ser estudiadas desde un doble punto de vista, esto es, del derecho social y del derecho individual. La sociedad y el individuo tienen igual derecho a garantías. La ley del progreso es ley de moralidad y justicia. Es inmoral e injusto considerar sistemáticamente al acusado como víctima del ofendido, el per-

judicado como un calumniador y el Estado como un verdugo: antes del delincuente están sus víctimas, dice Ferri (1).

Igualmente delicada y grave es la cuestión de la composición del Jurado propuesta por la ciencia, esto es, de la competencia del Jurado en materia médico-legal, y la necesidad o no de la creación del Jurado supletorio-médico.

Casi a diario la acusación y la defensa suscitan ante el magistrado popular cuestiones gravísimas de Medicina legal, Biología, Antropología, Sociología, Psicología, Psico-fisiología, Psiquiatría criminal, etcétera, las cuales no se pueden resolver con sólo el buen sentido: son necesarios en el magistrado que juzga conocimientos especiales. Muchas veces son llamados los jurados a decidir si la herida ha sido causa de la muerte; si han concurrido concausas; si la lesión ha puesto en peligro la vida, o ha causado deformidad permanente; si han concurrido los factores constitutivos del envenenamiento, el infanticidio o el aborto; si el acusado ha estado en el momento de la acción bajo la influencia de una alteración intelectual o perturbación alcohólica, etc. ¿Se puede decir competente el Jurado en semejantes cuestiones?

¿No es para reir ver catorce individuos dotados sólo de buen sentido ser jueces de Donders, Duboys-Reymond, Schultz, Helmgoltz, Fechner, Wundt, Bain, Muschold, Byasson, Mausdley, Mosso, Lombroso, Virgilio, Marselli, Tamasia, Tamburini, Hoffmann, etc., etc., y asistir al desarrollo de puntos ni

(1) Ferri, *I classici e positivisti ai Congressi penitenziario ed antropologico criminale. Gazzetino giuridico della Capita nata*, anno I, núms. VII-VIII.

aun comprendidos por doctos magistrados, pero ignorantes de los nuevos estudios de ciencias naturales? Hoy el adelanto de las ciencias naturales, es necesario reconocerlo, ha transformado la ciencia del Derecho penal (1).

La historia del Jurado confirma nuestras ideas. Con frecuencia estamos obligados a presenciar la solución por jurados de cuestiones de afrodisiología, toxicología, traumatología, paranología y embriología, de un modo diametralmente opuesto al de los peritos especialistas, cuyo sistema de resolución es efecto de largos años de estudios preparatorios, de observaciones sobre tesis generales y de concienzudas investigaciones hechas en largas vigilias sobre casos especiales.

La mayor parte de los jurados no comprenden el lenguaje de la ciencia necroscópica. Ni vale decir que puede haber entre los jurados médicos, pues casi siempre el hombre de ciencia es recusado por la defensa.

La conciencia social no puede quedar tranquila con veredictos pronunciados por hombres profanos a los estudios médico-legales todas las veces que la responsabilidad del agente acusado de la resolución de una cuestión médico-legal, como, por ejemplo, en los delitos de envenenamiento, aborto, infanticidio.

La prueba de estos delitos es tan difícil, que el Ministro Villa nombró una Comisión de personas doctas para fijar los medios seguros de comprobación del delito de envenenamiento.

---

(1) V. Krafft-Ebing, *La responsabilitá criminale e la capacitá civile.*

Mausdley, *Delitto e follia.*

Este Jurado debiera ser compuesto de hombres de ciencia, los cuales, oídos los informes de los peritos y de la defensa, pronunciarían su veredicto previo al veredicto final de los jurados (1).

Sobre algunos puntos los mismos escritores no están de acuerdo. ¿Cuándo es natural, accidental o procurado el aborto? ¿Cuándo comienza la tentativa de aborto? ¿Cuáles son las reglas médicas para afirmarlo? (2). ¿Cuándo hay infanticidio doloso por comisión? ¿Cuándo por omisión? ¿Cuál es el último momento constitutivo del infante? (3). ¿Cuál la diagnosis? (4). ¿Cuál la prueba del estupro? (5). Las alteraciones encontradas en la mujer, ¿revelan el estupro, o sea la introducción más o menos perfecta del miembro viril o cualquier otro cuerpo sólido? (6). Las manchas de sangre en el instrumento con que se hirió o en la camisa del acusado, ¿son de sangre humana? (7). Y otras

---

(1) Fransolini, ob. cit., pág. 13.
Dioscoride Vitale, *I giurati nei reati di veneficio.*
Carrara, *Opuscoli núm. IV.*
Zillotto, *Della giuria medica.*
Coletti, *Bollettino bibliografico.*
Garofalo, ob. cit., pág. 373.

(2) Véanse los trabajos de Damber, Orfila, Devergie, Casper, Tardieu, Piedagnel, Delpeche, Cautermann, Hoffmann, Laura, Garibaldi.

(3) Véanse los trabajos de Wreden, Wendt, Gellé, Ogston, Blumenstoch, Schmaltz, Tamasia, Ziino, Giovannardi, Maschka.

(4) Véase nuestro trabajo *L'infanticidio:* Napoli, 1881.
G. Crivellari, *Dei reati contro la vita e la integritá personale*, vol. I, pág. 196.

(5) Véanse Jacquemin, Tardieu, Paulet, Cruveilhier, Luschka, Hoffmann, Garibaldi.

(6) V. Laura, ob cit.
Garibaldi, ob. cit.

(7) V. Dragendorff, *Esame delle macchie di sangue.*

cuestiones muy graves, ¿pueden ser resueltas por individuos que a menudo no saben leer y escribir bien, jurados a los cuales a veces les parece mejor un dictamen escrito por barberos que por peritos médicos?

Francamente, nosotros encontramos justas las quejas de los escritores de ciencias médicas.

La cuestión está en la organización de la institución, que en la práctica pudiera ser obstáculo al recto proceder de la justicia. De hecho la psiquiatría, la paranología y la ciencia médica conocen teorías muy complicadas. «No hagamos sirva de socorro la ciencia a facinerosos», decía un ilustre magistrado (1).

Como quiera que sea, es uno de los puntos que deben estudiarse, para que se llene la laguna muy grande que existe en el Jurado, llamado hoy a resolver cuestiones transcendentales, de las que depende la seguridad social y la libertad de un ciudadano.

Es una institución cuya razón de ser y legitimidad no es puesta en duda por la nueva escuela positivista, abolicionista del Jurado (2).

Si el objeto del Jurado es la recta administración de justicia, es menester se organice de tal modo que se logre seguramente este fin social (3).

---

(1) C. Oliva, *Lettera al direttore sui lavori relativi alla 3.ª tessi del Congresso giuridico di Torino. Rivista penale Luccini*, volumen XIII, fasc. 1.º, anno II, Nov. 1880, pág. 112.

(2) *Premier Congresso international d'anthropologie criminelle. Programme.*

Lombroso, *Sull'incremento del delitto in Italia*, pág. 107.

(3) V. F. Lanzetta, *Sull'ordinamento e procedura delle Corti di Assise. Studii ed osservazioni.*

XL

Extendiendo la garantía de las categorías a los comprendidos en el censo, no debe parecer atrevida la reforma de la respuesta de los jurados, esto es, la motivación del veredicto.

En 1870 publicamos un trabajo (1) defendiendo la motivación del veredicto. Han transcurrido varios años y nuestra fe no se ha debilitado, sino que se ha afirmado más. Con la extensión de la garantía de las categorías al censo, la fundamentación del veredicto es lógica, porque la garantía de la capacidad es indiscutible. El Jurado no sólo es un sér que siente, sino además un sér que piensa, razona y quiere. La lacónica respuesta *sí* o *no*, no es una garantía ni para la sociedad ni para el acusado. El jurado que sabe tiene la obligación de decir las razones de su *sí* o de su *no*, antes de dar su voto examina los hechos desarrollados en la audiencia. La motivación es al mismo tiempo ayuda y freno para el juzgador, seguridad para el público de la justicia de las sentencias, base de una de las más importantes instituciones de los tiempos modernos, la Casación, «medio, dice un ilustre jurisconsulto, por el que la ciencia de las leyes se insinúa en la vida, vínculo que, aunando el sentir de las multitudes con el de las inteligencias escogidas, las modera y corrige, causa tal vez de la resignación o del arrepentimiento del reo» (2).

---

(1) F. Manduca, *Studii giuridico-economico-sociali*, vol. I. *Prefazione*, pág. 3.

(2) Pisanelli, *Della instituzione dei giurati*, cap. I.

La motivación del veredicto será una garantía grande para la sociedad ofendida y para el inocente.

Todo hombre, legislador, juez o simple ciudadano, debe saber porqué obra, porqué condena, y si lo sabe, decirlo. «Si no, desciende al nivel del bruto, que obra sin conciencia de sus propios actos», dice Saredo (1).

El jurado no puede iluminar su conciencia con la discusión y lectura del proceso: el juicio popular no es más que un juicio de impresión y de convicción; rarísimas veces toma los apuntes necesarios, aun al magistrado togado, en las causas graves, que se prolongan algunas veces meses enteros; en una palabra, ninguna garantía tiene la sociedad y el individuo de la seriedad del voto, que en muchas circunstancias se da de un modo repentino. Acontece a menudo, y especialmente cuando la discusión se ha extendido mucho y los jurados han de volver el mismo día a sus respectivos pueblos, las causas más graves se votan muy aprisa. Frecuentemente el jurado no recuerda el voto dado. De ahí los veredictos contradictorios, personificación del idiotismo y la inmoralidad.

Obligando al Jurado a motivar el veredicto, tiene que ser lento y concienzudo en la votación, debiendo coordinar los elementos todos, materiales, morales y jurídicos, indispensables para juzgar.

Las razones adoptadas por los escritores que defienden la teoría opuesta, no convencen. Se resumen en los siguientes conceptos:

Los jurados deciden por impresión. En el estado actual de educación moral y civil de los pueblos, se-

(1) Saredo, *Principi di diritto costitucionale*, lec. XXVII, § 12.

ría cosa dificilísima encontrar doce jurados para cada juicio capaces de motivar su veredicto.

Haremos notar que los jurados deciden por impresión, no *por sensación;* de otro modo, el desenvolvimiento oral del procedimiento, el proceso acusatorio, no tendría utilidad práctica. Los jurados deben formar sus convicciones por los actos del juicio oral; pueden convencerse por el conjunto de las pruebas, por el modo cómo un testigo repite su declaración; pero el veredicto es necesario se base en los resultados del debate público.

Debe el jurado interrogarse a sí mismo en silencio y con recogimiento; ver en su conciencia la impresión que han hecho sobre su razón *las pruebas suministradas contra el acusado y los medios de la defensa* (1).

Si la convicción del Jurado es hija del desarrollo oral del procedimiento, bien puede razonarla. No comprendemos le sea imposible manifestar, concretar en breves períodos las impresiones recibidas en el debate público.

Opinamos no es imposible la exposición de los motivos de hecho, siendo los juicios penales una expresión intuitiva de la conciencia.

La fundamentación es necesaria en el desarrollo progresivo del proceso penal, en el que por virtud de los motivos, y no de otro modo, se hace posible una crítica en la segunda instancia de la aplicación de la ley.

---

(1) Art. 498 del C. de P. P.

Capocelli e Testa de Nunzio, *Il Codice di procedura penale del regno d'Italia annotato*, art. 498.

Köstlin, *Il giuri per i non giuristi*.

«Permitir, dice Meyer, que las decisiones de las que dependen la libertad y la vida de los ciudadanos se den sin una demostración que las justifique, no responde a su importancia» (1).

La motivación del veredicto, escrita por el Presidente del Jurado, indica la justicia de la sentencia popular, confianza en el magistrado que la ha pronunciado. Muchas veces en el lacónico *sí* o *no* se esconde el desahogo de reprimida y disimulada venganza de facción, la expresión del color político, de la conveniencia, de la debilidad, de la reacción, del anarquismo (2).

El primer motivo ofende, pues, a la institución, porque sólo los animales sienten únicamente sin jamás razonar.

El segundo motivo podía invocarse bajo la autoridad de las leyes de 13 de Noviembre de 1857 y 1865, no con la ley vigente de 8 de Junio de 1874, que se propuso robustecer la confianza en la institución, basándola en la capacidad intelectual de los jurados.

Adoptado nuestro sistema de la educación intelectual y moral del jurado, desaparece la fuerza del argumento en que se apoyan los que sostienen la doctrina contraria.

Borsani y Casorati defienden la motivación (3).

Admitido nuestro principio, el art. 504 C. P. P. de-

(1) Meyer, *La quistione degli scabini*, pág. 7.

(2) Legislación española.—Concluída la votación se extenderá un acta en la forma siguiente: «Los jurados han deliberado sobre las preguntas que se han sometido a su resolución, y bajo el juramento que prestaron, declaran solemnemente lo siguiente: A la pregunta (aquí las preguntas copiadas), *sí* o *no*.—Y así todas las preguntas, por el orden que hubieran sido resueltas.» Ley del Jurado, art. 87.

(3) Borsani e Casorati, ob. cit., tomo V, § 1.850.

bería desaparecer totalmente. Verdad es que la ley no autoriza tal forma de votación; pero tolerarla vale lo mismo que autorizarla. Aquella facultad es el refugio de todos los jurados ignorantes, inmorales y malvados.

La jurisprudencia de las Cortes reguladoras ha procurado atenuar las consecuencias perniciosas de la disposición, facultando al Presidente para intentar disuadir a los jurados, como de cosa irregular e indigna de ciudadanos leales, el votar en blanco (1); pero para un jurado de poca conciencia las advertencias no producen efecto moral.

No pudiéndose evitar en absoluto la papeleta en blanco o mal escrita, creemos oportuno amoneste el Presidente del Jurado a los doce jurados y haga repetir la votación. En la hipótesis de la existencia de las mismas papeletas en blanco o ilegibles, tiene el deber de dar conocimiento a la Corte, la cual, oído el Procurador general, deberá mandar la causa a otra sesión. No encontramos justo que todos los garabatos incomprensibles de los jurados ignorantes o distraídos se interpreten a favor del reo; a lo más, dice bien Lombroso, deberían considerarse como votos nulos (2).

Cada uno ha de tener el valor de su propio voto; no debiera admitirse que la abstención equivalga por la ley a un voto favorable (3).

---

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, § 1.923.

(2) Lombroso, *Sull'incremento del delitto in Italia*, pág. 111.

(3) Legislación española.—Ninguno de los jurados podrá abstenerse de votar. El que insistiere en abstenerse después de requerido tres veces por el Presidente, incurrirá en la pena señalada en el segundo del art. 383 del Código penal. La abstención, sin embargo, se reputará voto a favor de la inculpabilidad.—Art. 86 de la ley del Jurado.

XLI

La cuestión más grave de los juicios ante las Cortes de Asisas es la propuesta de las preguntas al Jurado. La dificultad surge principalmente del fraccionamiento de las preguntas y la estrecha conexión que hay entre la redacción de las mismas y la teoría de la separación del hecho y del derecho, o sea, como dice Casorati, la respectiva competencia de jurados y jueces (1).

Las frecuentes anulaciones de sentencias de las Cortes de Asisas lo demuestran. La misma nueva ley de 1874 presenta en este punto lagunas. Mientras por un lado quiere se elimine todo nombre jurídico para evitar que el Jurado haya de resolver sobre el derecho, por otro exige que todos los elementos de hecho esenciales, morales y materiales, en el caso de concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes, estén comprendidos en cada pregunta.

Ahora bien: al someter al Jurado los elementos del delito de que se trata, ¿se puede siempre circunscribir la pregunta al puro hecho? El que tenga práctica en los juicios de Asisas confesará con nosotros que algunas veces no se puede prescindir de la cuestión de Derecho.

Glaser cree muy difícil la separación (2).

---

(1) Casorati, *La nuova legge sul giuri*, págs. 579, 380.

Arabia, *Della incompatibilità in alcuni concetti di ragione penale*. V. *Il Filangieri*, anno VIII, Maggi, 1883, pág. 193.

(2) Glaser, *Dei rapporti fra la magistratura giudicante e la giuria*.

V. *Rivista penale Luccini*, vol. XII, fasc. IV, V y VI.

Y a la verdad, según la nueva ley, al suscitarse las cuestiones de la tentativa, de la frustración, de la perturbación parcial de la inteligencia, de la fuerza irresistible, de la legítima defensa, del exceso de defensa, del lazo jurídico entre el robo y el homicidio, la rebelión y el homicidio, de la moneda falsa, de la falsedad de un documento público y de un documento de comercio, del atentado a la seguridad interna del Estado, etc., ¿puede evitarse el escollo de hablar de derecho?

Se dan, pues, dice Glaser, muchos casos en que la separación completa del hecho y del derecho es imposible (1).

Seguiremos la teoría de la radical separación del hecho del derecho : sólo de este modo se conjuran los veredictos escandalosos. No aprobamos la última dirección de la ciencia en Alemania, esto es, abandonar a los jurados el juicio del hecho y del derecho, encargando al Presidente les dé las nociones jurídicas necesarias en cada caso especial, siendo éste el principal objeto del resumen.—Las razones de Bienner, Mittermaier, Vahlberg, Meyer, Bar y otros no nos convencen. Se lograría aumentar el desorden en la institución y los veredictos inmorales, efecto de preconcebidas ideas.

No sólo se deben presentar las preguntas al Jurado circunscritas al hecho, dejando a la Corte la resolución del derecho encarnado en el hecho, sino que han de formularse sencillamente y no de un modo complejo ; que abarquen varios elementos de he-

(1) Glaser, ob. cit., pág. 439.
Casorati, ob. cit., pág. 393.
S. Campani, ob. cit., cap. XXVIII.

cho, porque si bien esto no daría lugar a la nulidad del veredicto, es necesario sean lo menos complicadas posible para que las comprendan los jurados, que muchas veces no ofrecen otra garantía que saber leer.

Se debe evitar cuanto se pueda la confusión, de que a menudo se aprovechan los jurados, para con el mayor dolo absolver al acusado.

El antiguo aforismo: *de jure iudides, de facto iudicant iuratores*, no es de fácil realización. Separar con todo rigor el hecho y el derecho, ha constituído y constituye el objeto de ardiente lucha en el terreno de las ciencias. Mittermaier (1), Glaser (2), Valther (3), Walberg (4), Hugo Mayer (5), Bar (6), Planck (7), Schwarze (8), Dalcke (9), Löwe (10) y otros (11), en Alemania; Hélie (12), en Francia; Pisa-

---

(1) Mittermaier, *Il processo inglese, scozzese e dell'America del Nord*, § 26.

(2) Glaser, *La proposizione delle quistioni nel giudizio per giurati*, págs. 15 y siguientes.

(3) Valther, *Procedura penale bavarese*, págs. 354 y siguientes.

(4) Wahlberg, *Memorie pubblicate nella effemeride la Gerichtssaal*, 1851, II, págs. 343 y siguientes.

(5) Hugo Mayer, *La quistione del fallo e del diritto*, páginas 3 y siguientes.

(6) Bar, *Diritto e pruova*, págs. 21 y siguientes.

(7) Planck, *Esposizione sistematica della procedura penale tedesca*, págs. 389, 394 y siguientes.

(8) Schwarze, *Il giuri tedesco*, págs. 11 y siguientes.

(9) Dalcke, *Il codice di procedura penale tedesca*, págs. 389, 394 y siguientes.

(10) Löwe, *Il codice di procedura penale per l'Impero germanico*, págs. 682 y siguientes.

(11) Véanse también los trabajos de Stemann, Krawel, Arnoldo, Schaper.

(12) Helie, ob. cit., § 671.

nelli (1), Gabelli (2), Casorati (3), Pizzamiglio (4), en Italia, lo demuestran.

La legislación comparada enseña que en las legislaciones positivas la cuestión ha sido resuelta de diversos modos (5). Reconocemos que la absoluta separación del hecho y del derecho, como base de la competencia respectiva de jueces y jurados, no es fácil; pero debe confesarse que no habiendo fórmula para resolver esta vital cuestión, es escandaloso llevar al magistrado popular materias que no puede decidir por deficiente capacidad intelectual. Mejor es substraer a su conocimiento las cuestiones, que obligarlo a resolverlas de un modo contrario a los principios de justicia. Las relativas a falsedad de documentos públicos y de comercio, a la bigamia, peculado, ejercicio arbitrario de funciones propias, quiebra fraudulenta, etc., suponen en el Jurado conocimientos técnicos. Ni la falta de capacidad especial la puede suplir el Presidente: no se debe obligar a un ciudadano a que juzgue una cuestión que desconoce por completo, y cuyos esclarecimientos fugaces no son bastantes a garantir el acierto del voto. Si al actual Jurado se quisiera confiar la resolución de las cuestiones de derecho, no sólo sería una ironía la justicia

(1) Pisanelli, ob. cit., cap. III.

(2) Gabelli, *I giurati nel nuovo regno italiano.*

(3) Casorati, *Considerazioni sul modo di proporre le domande ai giurati. Monitore dei Tribunali di Milano*, núms. 39, 40 y 41, 1865.

Idem, *Di alcune principali riforme introdotte dalla vigente procedura penale italiana. Archivia giuridico di Serafini*, 1869.

(4) Pizzamiglio, *Dei giurati in Italia*, págs. 268 y siguientes.

(5) Párrafos 117 y 364 del Código de 1867 para los Estados alemanes unidos a la Prusia en 1866.

Código de Sajonia de 1868, §§ 55, 66 y 69.

Código de Alemania de 1877, §§ 293 y 300.

Código de Austria de 1873, §§ 318, 325 y 344.

de la conciencia pública, sino que toda la administración de justicia sería un escándalo sistemático. Uno de los fines principales del Jurado es asegurar la independencia del juez, librándole de toda influencia extraña a los puros criterios de la justicia; pero de hecho el Jurado está bajo la presión de todas las influencias posibles que tienden, no al triunfo de la justicia, sino al de la impunidad. Es una institución que debe estudiarse de cerca. Siendo innegable es su objetivo la recta administración de justicia por el pueblo, ha de hacerse todo lo posible para obtener este primordial propósito. El que ha estudiado todo el mecanismo de esta institución político-jurídica, no en el silencio del gabinete, sino en la sala de la Corte, no puede menos de declarar que la competencia respectiva de jueces y jurados se debe fundar en la absoluta separación del hecho y del derecho. Reconocemos la dificultad práctica de esta teoría; pero admitida la necesidad política de mantener la institución, es menester sea el Jurado puesto en condiciones de poder resolver las cuestiones que se le sometan. Es imposible que un Jurado dotado de sólo buen sentido pueda con toda conciencia, con serenidad de ánimo, decidir una cuestión que, además del hecho, comprende elementos de derecho sobre los cuales muchas veces los hombres de ciencia no están de acuerdo. Repetimos lo que dicen Borsani y Casorati, adversarios nuestros en este punto: «Como en toda otra relación, así en el derecho no hay sistema tan pernicioso como el de ocultar la realidad para adherirse a conceptos quiméricos que repugnan a las leyes de la naturaleza y de la razón» (1).

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., § 1.858.

Es puro concepto quimérico que repugna a la realidad la capacidad intelectual del Jurado, y, por lo tanto, querer que el veredicto sea la expresión del convencimiento en orden de los hechos, sino al mismo tiempo el resultado de las reglas jurídicas indicadas por el magistrado togado al magistrado popular, y aplicables al caso particular; es pretender un imposible: la ciencia del derecho no se funda en el buen sentido, sino en las leyes que requieren para su conocimiento profundo estudio, en leyes que no se pueden aprender en pocas horas. La palabra tranquila, razonable e imparcial del juez que dirige, no es posible tenga el poder de disipar del ánimo de los jurados la confusión y las engañosas impresiones y de conducirlo a una recta apreciación de los resultados del juicio. El Jurado, particularmente en los largos debates después de empeñada lucha entre la acusación y la defensa, queda aturdido. La palabra del que dirige la audiencia desarrollando puntos de derecho, no haría más que acrecentar la confusión del Jurado, y así trabajar por la absolución; el Jurado, confuso, aturdido, en la duda no condena, absuelve: la respuesta no es otra que un lacónico *no*, o una papeleta en blanco, que es lo mismo. «El juicio criminal es un juicio lógico; un encadenamiento indefinido de juicios, en los cuales la mente, dice un ilustre magistrado, si no le ayuda la razón crítica se pierde» (1). Pero entonces, dicen algunos, suprimid el Jurado. El mismo escritor afirma: «¿No nos convencemos de las cosas por ciego impulso, por impresión, que no se sepa, no se pueda explicar? (2). Si el Jurado es principal-

(1) Ellero, *Scritti politici*, § LII.
(2) Idem, § LII.

mente institución jurídica, añade, debiera prevalecer este carácter» (1).

La ignorancia del juez popular es un arma inofensiva: no conviene desnaturalizar las bases racionales del Jurado, escriben los opositores de nuestra doctrina. ¿Puede lealmente sostenerse que la ignorancia del juez popular sea arma sin punta a la vista de veredictos que son la encarnación de la inmoralidad y del cretinismo? ¿Es desnaturalizar las bases del Jurado el procurar llevarlo por el camino de la justicia; intentar reconstituirlo sobre fundamento eminentemente social, sobre el principio de lo justo, de lo honesto y de lo moral, el triunfo de la justicia?

No lo creemos.

Por esto a nosotros fieles a nuestra teoría, el confiar al Presidente solo o a la Corte y a él la redacción de las preguntas, nos parece poco acertado; no es racional, si se acepta el sistema acusatorio. Formular las preguntas a los jurados corresponde al Ministerio público, con facultad en la defensa para proponer otras o hacer oposición, que ha de resolver la Corte.

Adoptado el procedimiento acusatorio, el árbitro de la acción penal es el Ministerio fiscal; él es el dueño de la acusación: basándose el juicio únicamente en el acta de acusación, sólo a él compete proponer a los jurados las preguntas que representan la demanda del actor.

El ejercicio exclusivo de la acción penal, y, por lo tanto, el derecho exclusivo de proponer las preguntas a los jurados, es lógico, porque favorece la división de las funciones de la magistratura requiren-

(1) Ellero, § LII.

te y judicial; deja a esta última en ambiente sereno, fuera de la lucha ardorosa de la acusación y la defensa, que puede oponerse a la fórmula que crea equivocada.

Nuestra opinión se apoya en la ciencia y en la legislación comparada: los trabajos de Bar (1), Walter (2), Borsani y Casorati (3) por un lado, y por otro el Reglamento de procedimiento penal de Brunswick de 22 de Agosto de 1849, y el proyecto Villa, presentado a la Cámara de Diputados en la sesión del 31 de Mayo de 1880, y aceptado con pequeñas modificaciones por la Comisión en su informe del 19 de Noviembre de 1881—relator, Vastarini-Cresi (4).

XLII

El resumen del Presidente es la cuestión de mayor actualidad. Los escritores y las legislaciones positivas están divididos (5). Somos abolicionistas. En la práctica el Presidente no observa casi nunca la primera parte del art. 498 del C. P. P. La experiencia nos enseña que el Presidente o apoya la acusación con una nueva requisitoria en vez de resumen, o apoya indirectamente la defensa, mostrándose más vivo al exponer sus razones, o siendo indiferente, repite de modo fastidioso y no siempre exacto las ideas de una y otra.

(1) Bar, *Il diritto e la pruova nella Corte Assise*, pág. 305.
(2) Walther, *Manuale del processo bavarese*, pág. 338.
(3) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, § 1.851.
(4) Legislación española.—El Presidente formulará las preguntas que resultaren de las pruebas, y cuidará de omitir toda denominación jurídica. Ley del Jurado, artículos 75 y 77.
(5) Borsani e Casorati, ob. cit., 1.962 y siguientes.

Se conocen tres sistemas, que son:

a) El fiscal.

b) La supresión.

c) El ecléctico.

Bonneville, magistrado y publicista, decía una gran verdad al afirmar que un resumen perfecto es la tarea más grave que se puede imponer a la inteligencia y a la conciencia de un hombre honrado (1). En Italia el resumen presidencial tiene su historia. La legislación de 1859, las modificaciones de 1874, el proyecto Villa de 31 de Mayo de 1880, la empeñada discusión habida en la Cámara de los Diputados con motivo del proyecto Vigliani, la enmienda del diputado Mancini, demuestran que en Italia no se ha dicho la última palabra. Auguramos, dicen Borsani y Casorati, que en la primera revisión de la ley reguladora de los juicios ante las Cortes de Asisas el legislador italiano, animado por el ejemplo de otras legislaciones, suprimirá totalmente un acto tan peligroso a la buena marcha de los procesos (2). El honorable diputado Romano, que en la Cámara de Diputados sostuvo la necesidad del resumen presidencial, afirmaba que con él se habían evitado muchos veredictos erróneos; pero nosotros podemos asegurar a su vez que se han pronunciado muchos por causa del resumen presidencial, que, como dice Berriat-Saint-Prix, no siempre es *conciso, exacto, claro, útil, sencillo, firme, humano* (3).

---

(1) Bonneville, *De l'amelioration de la loi criminelle*, vol. I, chap. X y siguientes.

(2) Borsani e Casorati, ob. cit., 1.962 y siguientes.—Carrara, De Mauro y otros también lo creen inútil.

(3) Berriat-Saint-Prix. V. Nouguier, *La Corte di Assise*, núm. 2.625.

Después de los discursos de la acusación y de la defensa, los jurados forman su juicio, y el resumen resulta fastidioso e inútil, y alguna vez perjudicial. El diputado Brofferio, después de haberlo combatido vivamente, terminaba: «Antes condenaban muchos jueces con votos distintos; ahora quien condena es uno solo con voto único, el Presidente».

Esperamos, dice Pessina, que Italia siga a los Estados que le han abolido, porque conservarlo es peligroso (1).

El que siempre ha vivido en medio de las ardientes luchas de las Cortes de Asisas, sabe bien que el resumen del Presidente llega demasiado tarde, cuando el Jurado ya ha condenado o absuelto.

Casi siempre los jurados dormitan. El resumen más apreciado es el cómico. Pero los resúmenes de este género son poco decorosos, ya por la dignidad de quien los dice, ya por la seriedad del lugar, que no permite se una al drama la comedia.

Desde cualquier punto de vista que se mire, el resumen del Presidente no es jurídico ni es serio.

XLIII

La legislación comparada nos muestra también su débil fundamento jurídico. En Bélgica (2), Gine-

(1) Pessina, *Discursos citados*, pág. 23.

(2) Art. 7.º del decreto de 19 de Julio de 1831, núm. 183. —*Boll. uff.*, LXXIX. Tampoco en el último proyecto de Código de procedimiento penal se habla del resumen. Aparece por el informe de la Comisión gubernativa, que redactó tal proyecto, que ninguno de sus individuos tuvo la idea de restablecerlo, ni hizo acerca de él propuesta alguna la magistratura.

bra (1), Vaud (2), Neuchâtel (3), no existe. En Inglaterra el resumen no es un elemento necesario del procedimiento, y no son raros los casos en que los mismos jurados, apenas concluído el debate, invitan al Presidente a omitirlo como superfluo, hallándose ya de acuerdo para pronunciar un veredicto de inculpabilidad (4).

En Francia, después de una larga discusión en la Cámara de los Diputados y en el Senado, fué abolido el resumen presidencial por la ley de 19 de Junio del año 1881 (5).

En Italia la Comisión del Congreso encargada de examinar el proyecto Vigliani, según las declaraciones del relator diputado Puccioni, en sus primeras reuniones se inclinó a la supresión. Tres miembros votaron por la abolición y tres por la conservación.

La cuestión fue debatida en la Cámara con mucho calor, mucha amplitud, tanto por sus defensores como por sus adversarios. Algunos sostenían la abolición total. Se concluyó por adoptar un sistema ecléctico, el propuesto por el honorable Mancini (6).

La Comisión nombrada por la Cámara de los Diputados para el examen del proyecto de ley presen-

---

(1) Art. 92 del procedimiento penal, 27 de Agosto de 1851.

(2) Artículos 377, 379, 386 y 388, C. P. P., 1.° de Febrero de 1850.

(3) Art. 163 de la ley de P. P., puesta en vigor en 1.° de Enero de 1862.

(4) Mittermaier, *Il processo penale dell'Inghilterra, della Scozia y dell'America del Nord.* Appendice al § 25.

(5) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, § 1.962.

Cottu, *Le jury anglois.*

Lucuisine, *Du pouvoir discrétionaire du President de la Cour d'Assisie.*

(6) Borsani e Casorati, ob. cit., vol. V, 5.° § 1.962.

tado de nuevo por el Ministro Villa en 31 de Mayo de 1880, modificando el procedimiento penal, establece la supresión del resumen presidencial y limita las funciones del Presidente a recordar a los jurados los deberes que están llamados a cumplir y las penas establecidas contra los que los infrinjan (1) (2).

La supresión del resumen, aun admitido que no se quiera adoptar el principio eminentemente justo del ejercicio exclusivo de la acción penal, desde el primer momento hasta el último, por el Ministerio público, realzará el prestigio del Presidente. Con el actual sistema el Presidente es quien dirige el debate, interroga al acusado, examina a los testigos, toma la parte principal y más activa en la práctica de todos los medios probatorios, asumiendo a veces el papel de inquisidor. Y ¿cómo es posible que después de ha-

---

(1) Proyecto Villa, art. 498, C. P. P. modificado.

(2) Legislación española.—Ley del Jurado, art. 68: «En seguida hará el Presidente el resumen de las pruebas sin entrar en la apreciación; el resumen de los informes del Ministerio fiscal y de los defensores de las partes, así como de lo manifestado por los procesados, presentando los hechos con la mayor precisión y claridad, y absteniéndose cuidadosamente de revelar su opinión.—Expondrá detenidamente a los jurados la naturaleza de los hechos sobre que haya versado la discusión, determinando las circunstancias constitutivas del delito imputado a los acusados.—Expondrá asimismo la índole y naturaleza de las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes que hayan sido objeto de prueba y discusión, y en suma, todo lo que pueda contribuir a que los jurados aprecien con exactitud la índole de los hechos y la participación que en ellos hubiese tenido cada uno de los procesados.—Todo esto lo hará el Presidente con la más estricta imparcialidad, y llamará la atención de los jurados sobre la importancia del deber que van a cumplir, y muy especialmente sobre las disposiciones de la ley concernientes a su deliberación y voto.»

ber dirigido el desarrollo del procedimiento oral, al exponer los argumentos aducidos en pro y en contra del acusado, una vez formada su convicción, conserve intacta más que la apariencia de plena imparcialidad, condición imprescindible para la autoridad de las resoluciones judiciales? La imparcialidad frente al íntimo convencimiento, no es más que una engañosa ilusión. Por sabio y experto que sea, su convicción siempre se traslucirá.

El Presidente será, como dice Berriat-Saint-Prix, conciso, exacto, claro, útil, sencillo, leal, firme, humano (1); pero no será imparcial; no tendrá la palabra desnuda, descarnada y sencilla como la verdad que se busca (2). Sólo quien no conozca los debates de las Asisas puede con ingenuidad sostenerlo.

XLIV

Sería también una buena reforma la que defendimos en un trabajo nuestro del año 1870, y que el primer Presidente de la Corte de apelación de Lucca, Cesarini, propuso en 1873, cuando formaba parte de la Comisión presidida por el llorado senador Conforti y creada por el Ministro Guardasellos Vigliani por decreto de 23 de Julio de 1873; esto es, la revisión del veredicto, la apelación del pueblo al pueblo mismo, diría Cesarini.

Escribíamos en 1870:

«... pero profesamos esta idea hija de la experien-

(1) Berriat-Saint-Prix en un capítulo escrito para la obra de Nouguier, *La Corte d'Assise*, núm. 2.625.

(2) Vigliani, *Relazione al progetto della legge del* 1874.

cia: el Ministerio público, sereno e imparcial representante de la ley, debe tener el derecho de revisión del veredicto, el derecho que se le concede en interés de la sociedad ofendida, contra una resolución de la Cámara del Consejo, del Tribunal o de la Corte, Sección de acusación. Una resolución del magistrado puede, a instancia del Ministerio público, ser sometida a nuevo examen, y un veredicto pronunciado por dos jurados, no siempre movidos por espíritu de justicia, ha de ser respetado como el quinto evangelio. A pesar de nuestras tendencias eminentemente progresivas, no hemos podido persuadirnos de lo racional de esta diferencia (1).» Diez y seis años de estudio nos han confirmado en nuestro modo de pensar.

No es otra jurisdicción la que revisa el veredicto, sino la misma conciencia popular.

No comprendo, escribe Cesarini, porqué la ley debe proteger únicamente al acusado y dejar indefensa la sociedad, si precisamente los inconvenientes que tiene el derecho moderno no dimanan de la exorbitancia de las condenaciones, sino de las absoluciones escandalosas.

Nuestro pensamiento, dado al público hace diez y seis años, con placer lo encontramos consignado por un ilustre magistrado, en docta memoria estadística.

Dice así: «Para no extenderme demasiado, sólo indicaré ligeramente que en el caso de que todos los jueces de la Corte estén convencidos del error de los jurados en su declaración afirmativa sobre el hecho principal, no debe pensarse en suprimir la garantía de la remisión de la causa a otra sesión (2).

(1) F. Manduca, *Studii giuridico-economico-sociali*, vol. I, págs. 8 y 9, nota primera.

(2) Legislación española.—«El Tribunal de derecho puede

A mi modo de ver, se debería, por el contrario, estudiar si convendría, mantenida la actual composición de la Corte, *extender esta garantía al caso inverso de declaración negativa, para poner en igualdad de condiciones el derecho de la sociedad y de la acusación* (1).

Goza el acusado del beneficio del art. 509 del Código de procedimiento penal, que De Gioannis Gianquinto (2) se esfuerza en sostener está establecido en interés del acusado, y la sociedad ha de permanecer indiferente ante la absolución de un salteador, de un asesino que, a pesar de su confesión o de brillante prueba de culpabilidad, tuvo la fortuna o la habilidad de ser absuelto por los jurados.

El íntimo convencimiento no excluye que el mismo magistrado popular revise un veredicto encarnación de la inmoralidad.

No se sabe en virtud de qué principio lógico se impone a la sociedad la obligación de respetar las partes de un veredicto favorables al acusado, aunque sean resultado de un juicio manifiestamente erróneo. Si el individuo tiene el derecho de no ser condenado cuando no está probada su culpabilidad, la sociedad tiene el derecho a no ver absuelto al acusado, a no ser que la inocencia se demuestre por una rigurosa valuación de las pruebas y no sea proclamada «por

---

acordar se someta la causa al conocimiento de un nuevo Jurado, cuando por unanimidad declaren los jueces que la constituyen que el Jurado ha incurrido en error grave y manifiesto al pronunciar el veredicto de culpabilidad o inculpabilidad.»—Art. 112 de la ley del Jurado.

(1) C. Municchi, *Relazione statistica dei lavori compiuti nel distretto della Corte di Appello di Milano nell'anno* 1885, páginas 91 y 92.

(2) De Gioannis Gianquinto, *La Corte di Assise davanti all'art.* 509 *del Cod. ital. di P. P.*, pág. 100.

sorpresa de algún jurado distraído o pusilánime», dice Ferri (1) y repiten Lombroso (2) y Brusa (3). El Jurado que absuelve a Zerbini y Hugues, reos confesos, ¿puede llamarse moral? El hombre no es infalible; pero esta innegable verdad no se aplica a los hechos probados.

Según nuestro Derecho público interno, el Jurado es el único poder irresponsable del Estado. Es irresponsable personalmente el Rey; pero está rodeado de infinidad de trabas y garantías, y además del gobierno, son responsables los Ministros; las resoluciones de los magistrados no sólo son examinadas por los superiores jerárquicos, sino que han de ser motivadas, freno poderosísimo.

Unicamente el Jurado, sin ninguna de estas prendas de acierto, aun el sacado de las categorías, tiene el privilegio de condenar y absolver, de rehusar la aplicación de la ley, declarando la no culpabilidad del acusado, no obstante, como se ha visto en Italia, su confesión y la prueba más concluyente, escribe Palma (4).

En la hipótesis de un veredicto negativo, a pesar de la confesión del reo y de la claridad de la prueba, es justo que el Ministerio fiscal tenga el derecho de pedir y la Corte de ordenar la remisión de la causa a otra sesión.

El derecho de revisión debe subordinarse a las siguientes condiciones:

a) Excarcelación provisional mediante la corres-

(1) Ferri, *Nuovi orizzonti del diritto e della proc. pen.*

(2) Lombroso, ob. cit., pág. 111.

(3) Brusa, *Appunti per una introduzione al Corso di diritto e procedura penale*, pág. 15.

(4) Palma, ob. cit., cap. XIII, pág. 542.

pondiente fianza fijada por la Corte, oído el Ministerio público.

b) Fundamentación de la requisitoria.

c) Resolución motivada de la Corte.

d) Recurso de casación concedido al acusado contra el acuerdo de la Corte.

e) Irretractibilidad del veredicto del Jurado de revisión.

f) En el caso de un veredicto afirmativo en causa capital, aplicar la pena inferior.

Tales son las reformas que creemos deben hacerse en el Jurado a fin de evitar, cuanto sea posible, veredictos que hieren el sentimiento moral público, producen incremento de la delincuencia y han hecho, como dice Geyer, engrosar en número no indiferente las filas de los adversarios de los juicios populares (1).

XLV

No debemos terminar nuestras observaciones sin indicar el sistema de Guido Podrecca de la Torre.

Podrecca es abolicionista. Niega que la introducción del Jurado haya sido siempre la consecuencia natural y necesaria de las formas libres de Gobierno; que haya sido siempre una garantía de libertad; que muchas veces prestó buenos servicios al terrorismo y al despotismo, afirmando que en los tiempos medios dominaba la idea feudal; que en algunas naciones

(1) Geyer, *La nuova legislazione germanica sulla procedura penale.*

Bucellati, *Recenti riforme del processo penale. Annuario delle scienze giuridiche, sociali e politiche diretto da C. T. Ferraris,* anno IV, 1883.

vueltas a la libertad el planteamiento del Jurado ha sido efecto del espíritu de imitación y de los seductores atractivos de la moda; que el Jurado inspira poca confianza al pueblo; que la magistratura togada es más independiente, más imparcial, más elevada en la apreciación del hecho, más sagaz, más diligente en el desempeño de su cargo; que el Jurado no es una escuela de moralidad; que por la insuficiencia de los jurados, la falta de fundamentación de sus veredictos y el ser inapelables sus resoluciones, el juicio no es más que un azar en que se arriesga el honor y la vida de los ciudadanos, etc., etc. (1).

Y al propio tiempo que considera al Jurado como una institución jurídica que no contiene garantía alguna para la sociedad y el individuo, contradiciéndose manifiestamente, desearía se le confiara el derecho más delicado, más discutible; el derecho de gracia, haciendo invadir al Jurado, no sólo el poder legislativo, sino el poder moderador confundiendo todos los poderes, humillando el poder judicial, que después de pronunciada la condenación habría de asistir a la destrucción de la sentencia por ciudadanos que no tienen más que el buen sentido del bruto. La teoría de este escritor de emancipar de la ley al Jurado, en síntesis no es más que el principio anárquico de la no existencia de autoridad, puesto que, cuando se llega a la absurda idea de conceder a un número determinado de ciudadanos el derecho *majestatis* de gracia, las consecuencias serán iguales a las defendidas por algunos socialistas revolucionarios y que dan por resultado un importante aumento de la criminalidad.

---

(1) Guido Podrecca de la Torre, ob. cit., cap. I.

Se afirma por el citado escritor que su platónica intervención popular en los juicios no sería más que una inspección ejercida sobre las leyes por la conciencia pública.

Y de hecho, ¿qué guía mejor para el legislador y para los cultivadores de la ciencia del derecho, que las sinceras y libres manifestaciones de la opinión pública, en especial acerca de algunas cuestiones que preocupan hace siglos a los estadistas, a los sabios y a los jurisconsultos, sin que hayan tenido por ahora conveniente solución? Aunque no se pudiera obtener más que esta ventaja de la intervención popular en los juicios, a nosotros, dice Podrecca de la Torre, nos parecería suficiente para establecer sobre nuevas bases la institución (1).

¿Se podrá juzgar seria tal doctrina? La examinaremos brevemente después de concretar las ideas de este escritor. Son las siguientes:

a) Serán jurados todos los ciudadanos que tengan derecho electoral.

b) Intervendrán en determinado número, previo sorteo, en todos los juicios correccionales y criminales cuyo interés político social lo reclame.

c) Su oficio será declarar si se está en el caso o no de dar ejecución a la sentencia condenatoria pronunciada por la Corte en el proceso a que han asistido; y si responden afirmativamente, declarar también si, por el concurso de especiales circunstancias, ha lugar a una extraordinaria mitigación de la pena impuesta.

d) Los jurados llamados a ejercitar el derecho de gracia deben ser veinticuatro.

---

(1) Podrecca, ob. cit., págs. 154 y siguientes.

e) El Presidente provincial extraerá veinticuatro nombres de jurados de las urnas que contengan los jurados ordinarios y doce de la de suplentes, manteniendo tanto para éstos como para aquéllos la proporción en que se encuentren en las listas. Los veinticuatro primeros serán los jurados efectivos; los otros formarán la lista supletoria. Después sacará un nombre de cada urna de los jurados ordinarios, y los tres jurados que salgan asistirán al juicio como los efectivos; pero no tendrán voto sino en el caso de que, por impedimento o ausencia de algún jurado durante el debate, sean llamados a reemplazarlos.

f) Si para completar el número establecido faltara un sólo jurado, éste será sacado de la urna que contenga los nombres de la primera categoría; si faltan dos, el segundo será sacado de los de la segunda categoría (1).

He aquí en síntesis y en su parte general el procedimiento con el que se pretenden afirmar la intervención de la conciencia social en la administración de justicia.

Al propio tiempo que se describe con negros colores el juez jurado por razón de incapacidad intelectual y moral, se defiende en abierta contradicción a cuanto se ha dicho el ciudadano jurado con la facultad de absolver o de disminuir la pena.

El sistema indicado nos parece no requiere larga impugnación:

a) Es contradictorio, pues se considera el actual Jurado institución de ningún modo útil a la administración de justicia, que no está a la altura de su misión por consideraciones de orden político, jurídico y

(1) Podrecca, ob. cit.

moral, y luego el mismo Jurado se cree capaz de destruir una resolución del magistrado, absolviendo al acusado o reduciendo la pena impuesta, lo que exige no sólo mayor capacidad, sino capacidad científica, porque no se puede absolver sin un estudio precedente, sin un cuidadoso análisis de la instrucción; no se puede disminuir la pena sin previos estudios profesionales.

b) Es inconstitucional, porque confundiendo los poderes todos del Estado, concede a los ciudadanos de diversa condición social el derecho *majestatis*, el derecho de gracia, discutible aun en la persona del jefe del Estado.

c) Su utilidad social no se ve, pues tiende a humillar el más respetable poder del Estado, el Poder judicial, el que ha de asistir al poco edificante espectáculo de destruir sus resoluciones, por gente inepta, por una mayoría de diez y ocho ciudadanos incompetentes, que no tienen otro privilegio que el de la incapacidad (1). Es la ciencia enfrente de la ignorancia.

El sistema de Podrecca daría lugar a la impunidad con sus desastrosas consecuencias.

LXVI

El origen de la Casación, de esta gran institución jurídico-social, ha sido objeto de doctas observaciones, tanto de los escritores que sostienen es de origen francés, como de los que quieren remontarla a la legislación romana.

(1) V. Cesarini, ob. cit., pág. 150.

En los tiempos actuales la cuestión versa sobre su organización. Es un problema que se relaciona con la viva lucha acerca de la reforma judicial. Ningún publicista, ningún jurisconsulto pide la abolición de un Tribunal que en medio de todas las alteraciones políticas que trabajaron la Francia desde 1789, y en medio de infinitas vicisitudes políticas, sociales y jurídicas, sobrevive y sobrevivirá, teniendo vida espléndida y vigorosa (1).

En Italia su organización no sólo es discutida por jurisconsultos, sino también por hombres de Estado. —La Casación, la Tercera instancia, la Magistratura suprema, a la que una y otra están encomendadas.

Los profundos estudios de Sclopis (2), De Falco (3), Pisanelli (4), Ricci (5), Saredo (6), Righi (7), Carcani (8), Ratti (9), Mancini (10), Bortolucci (11), Manfredini (12), Mortara (13), Calenda di Tavani (14), Cesari-

---

(1) Legislación española.--La Sala segunda del Tribunal Supremo conoce de los recursos de casación en materia penal.

(2) Sclopis, *Dell'autorità giudiziaria.*

(3) De Falco, *Discursos inaugurales.* V. el de 1885.

(4) Pisanelli, *Comm. al Cod. sardo di proc. civ.*

(5) Ricci, *Commentario al Codice di procedura civile,* tomo I.

(6) Saredo, *Instituzioni di procedura civile,* tomo I, páginas 77 a 102.

(7) Righi, *Relación estadística citada.*

(8) Carcani, ob. cit., págs. 264 a 270.

(9) Ratti, ob. cit., págs. 72 a 95.

(10) Mancini, Discurso en la Cámara en 20 de Febrero de 1865.

(11) Bortolucci, ob. cit., págs. 59 a 75.

(12) Manfredini, ob. cit., págs. 404 a 453.

(13) Mortara, ob. cit., págs. 17, 115, 134 a 158.

(14) Calenda di Tavani, *Il Supremo magistrato.*—Discurso inaugural en la Corte de casación de Turín.

ni (1), Podrecca (2), Sclopis (3), Savigny (4) y otros (5), examinan la casación.

Desde el primer día de nuestra resurrección política ha sido objeto de trabajos legislativos.

Antes de todos fue el Ministro Guardasellos Cassinis: la Comisión por él nombrada y presidida informó en favor de la Corte de casación única al lado del Gobierno central.

A Cassinis sucedió Miglietti, presentando al Senado en 9 de Febrero de 1862 un proyecto de ley para la organización judicial del reino, en el que propuso la Corte de casación única y la abolición de la Sección de recursos.

Por una orden del día de la Cámara de los Diputados, el Ministro Guardasellos Vacca, en los decretos de 27 de Junio y 17 de Julio de 1865, y el Ministro De Falco, en Junio de 1866, nombraban una Comisión compuesta de veinticuatro miembros, hombres ilustres de la magistratura y del foro, los cuales unánimemente propusieron la casación única al lado del Gobierno central, manteniendo las Secciones separadas y temporales con atribuciones limitadas. Este voto fue repetido por la famosa Comisión de los quince, a la que la Cámara había dado el encargo de examinar el vasto proyecto de presupuestos para el año 1866.

El Ministro Guardasellos De Filippo en 18 de Abril de 1868 presentó un proyecto de ley acerca de

---

(1) Cesarini, ob. cit., págs. 152 a 167.
(2) Podrecca, ob. cit., págs., 333 a 390.
(3) Sclopis, *Dell'autorità giudiziaria*, pág. 68.
(4) Savigny, *Sistema del diritto romano*, 1, 61.
(5) G. Bandi, *La legge*, año 1861, núm. 5.
Gargiulo, *Enciclopedia giuridica—letra Appellazione.*

la magistratura suprema y propuso la casación única, residente en la capital del reino con Secciones temporales. A De Filippo sucedió Raeli en 10 de Marzo de 1870: su proyecto reproduce la propuesta de De Filippo.

Se extendió a Roma y a la provincia romana la ley de organización judicial por decreto de 27 de Noviembre de 1870, y el Gobierno en el art. 5.° contrajo el compromiso de presentar en el Parlamento al abrirse las sesiones un proyecto para plantear la casación desde 1.° de Abril de 1871.

El Ministro Guardasellos Raeli, cumpliéndole en la sesión del 29 de Diciembre de 1870, presentó al Senado un proyecto de ley en que se establecía la Corte de Casación del reino en la residencia del Gobierno. El proyecto fue tomado en consideración por el oficio central del Senado, siendo ponente Tecchio.

En 10 de Febrero de 1872 el Ministro De Falco presentó su proyecto de ley organizando la Corte de casación única en la capital. Fue aceptado el proyecto, disintiendo únicamente el senador Borgatti, por la Comisión del Senado, siendo relator Tecchio.

El mismo proyecto fue presentado a la Cámara de Diputados en la sesión de 29 de Mayo de 1872 y fue admitido por el Comité privado de la Cámara.

Llamado a desempeñar el Ministerio de Gracia y Justicia Vigliani, en la sesión de 15 de Abril del año de 1875 presentó su proyecto de ley relativo a la creación de la Corte Suprema de justicia del reino, y adoptando un sistema mixto, se separa del tipo francés, y propone una Corte Suprema de Justicia única con asiento en la capital.

Como acostumbra a suceder, el proyecto quedó abandonado en los estantes del Ministerio.

Habiendo subido al Poder el ilustre Tajani, presentó a la Cámara de Diputados un proyecto de ley de organización judicial, en el que propone la Corte de casación única con asiento en la capital.

Todos los Ministros Guardasellos que se han sucedido defendieron la casación única. A ninguno se le ocurrió resucitar el cadáver de la tercera instancia. Ni resucitará, porque, como dice La Francesca, los muertos no resucitan sino el día del juicio universal (1). El desarrollo histórico de la casación nos demuestra que esta institución se apoya en los autorizados dictámenes de las Comisiones gubernativas y parlamentarias, en los nuevos Códigos favorables a la organización de la magistratura suprema, en las doctas discusiones habidas en una y otra Cámara, en las deliberaciones del Senado, en la unánime opinión de toda la magistratura italiana y de casi todos los escritores que han examinado tan grave cuestión (2)... «Hacer que no se amortigüe la luz fulgidísima de este supremo astro, que, más viva que vosotros, resplandecerá en sus últimos rayos, si no es fatal el ocaso», exclamaba el insigne Procurador general de la Corte de casación de Nápoles (3).

Sostenedores de reformas templadas, sin desarro-

(1) La Francesca, *Relación estadística cit.*, pág. 18.

(2) De Falco. Relación que acompaña su proyecto de ley de Febrero de 1872 y Discursos inaugurales del mismo, como Procurador general en las Cortes de casación de Nápoles y Roma, pronunciados en los años 1864, 1876, 1877, 1878, 1879, 1880 y 1885.

V. Calenda di Tavani, en el discurso inaugural intitulado *Il Supremo magistrato,* leído en la Corte de casación de Turín.

(3) V. Calenda di Tavani. Discurso pronunciado en la Asamblea general de la Corte de casación de Nápoles el 5 de Enero de 1865, con motivo de su toma de posesión.

llar nuestras ideas acerca de la preferencia que debe darse a uno más bien que a otro de los sistemas que la ciencia conoce, es decir, la casación única o la tercera instancia, auguramos el progreso, no volver a viejos organismos, a antiguas leyes caídas en desuso, a reconstituir instituciones históricas medio-evales, a evocar tiempos jurídicos que ya pasaron, a recordar, en suma, fragmentos de legislaciones que no responden a los adelantados tiempos que corremos, a sistemas inventados por canonistas de la Edad Media, qué duraron en Roma hasta 1870, bajo el nombre de *Sacra Rota*, e importados en Lombardía por los austriacos en 1816 con el nombre de *tercera instancia* o *revisión*. No emitimos nuestra opinión, porque la controversia acerca de la casación, la tercera instancia y el sistema intermedio, que participa del francés y del alemán, se refiere exclusivamente a materia civil. En ésta es muy reñida entre los escritores la polémica.

Un ilustre magistrado, arrebatado hace poco al foro y a la ciencia, Casorati, dice así: «En verdad, nos consta, por haber intervenido en las vivas y doctas discusiones que señaladamente en Italia hubo dentro y fuera de las Asambleas legislativas, jamás se ha puesto en duda que en materia penal deba aplicarse en el supremo grado de la justicia el sistema de la casación y no el de la tercera instancia. Supone este último que no puede haber cosa juzgada si no preceden dos sentencias conformes; y así, sólo cuando las dos sentencias de los primeros jueces son opuestas, se abre el camino al tercer juicio a fin de que el magistrado de tercera instancia, siguiendo a una o a otra, logre haya dos conformes, o como suele decirse, la *doble conformidad*. ¿Cómo podría obtenerse la doble

conformidad en materia penal? En materia civil los hechos en que las partes apoyan sus pretensiones tienen prueba escrita, documentos, y la misma prueba testimonial recibe el carácter de prueba escrita cuando es consignada en el acta y puede ser sometida al examen de un segundo juez. Por esto la doble conformidad hasta cierto punto se comprende en los juicios civiles. Decimos hasta cierto punto, pues admitido el principio adoptado por nuestras leyes, que en apelación sea posible presentar nuevas pruebas y alegaciones—*non deducta decucam, no probata probado*—, aun en los ejercicios civiles la doble conformidad es imposible. Mas en los juicios penales informados por la oralidad, la contradicción y el convencimiento moral es absurdo el nuevo examen de la causa; el magistrado que no ha asistido a la práctica oral de los medios probatorios, no puede hacer revivir las impresiones recibidas por el primer juez a fin de aprobar o censurar con fundamento la resolución. Habrá un nuevo juicio, una nueva resolución, pero jamás un verdadero y propio reexamen de la causa. ¿Cómo es posible en tales condiciones obtener la doble conformidad, necesario presupuesto de la tercera instancia? Sería imposible en absoluto, sin trastornar los principios cardinales de nuestro orden procesal, substituir la prueba escrita a la oralidad sin destruir el Jurado, manteniéndolo sólo merced a una híbrida transformación; era menester introducir para los juicios por jurados una magistratura que fuese segunda entre las Cortes de Asisas y el Tribunal de tercera instancia. Todo esto sin tener en cuenta la complicada magistratura que indispensablemente habría de crearse, y la renuncia a la unidad de la jurisprudencia, al concepto jurídico de la universalidad de la re-

gla, tan deseada en materia penal, que en alto grado y en igual medida atiende a la seguridad de los ciudadanos y al orden social» (1). Sólo dos escritores combaten la casación penal en Italia: Brusa (2) y Mortara (3). El uno no la cree seria; el otro propone cinco casaciones penales con sus actuales residencias. La unidad de la casación es importante para evitar el escándalo de ver en una zona jurídica castigado el delincuente y en otra absuelto. La multiplicidad de casaciones indica diversidad de juicios.

XLVII

Muchas y graves son las cuestiones que la ciencia estudia en lo tocante a la organización jurídica de la casación. En Italia se están haciendo trabajos para la reforma judicial en general y en particular para la creación de una Corte Suprema de Justicia en todo el Reino. Esperamos cese de una vez la anormal condición jurídica de la pluralidad de Cortes de casación. Si una es la ley que impera en el Reino, una debe ser la interpretación que se le ha de dar; de otro modo, se realiza el famoso dicho de Pascal: *¡Plaisante justice que une riviere ou montagne borne! Verité en deça des Pyrènees erreur au delà.*

Reconocemos que la deseada uniformidad de la jurisprudencia, en el sentido verdadero de la palabra,

---

(1) Borsani e Casorati, ob. cit., § 2.101, vol. VI.

(2) Brusa, *Dell'unità di cassazione italiana. Annuario dell scienze giuriche, sociale e politiche,* año IV, 1883.

(3) Mortara, ob. cit., págs. 17 a 115, 134 a 158.

difícilmente se halla en las resoluciones del Código supremo; mas esto está en la índole de la naturaleza humana, en la organización misma de la institución, en la ley progresiva de la ciencia jurídica. Ha de distinguirse inmovilidad jurídica y uniformidad jurídica. La una es contraria a la ley sociológica que gobierna la humanidad; la otra es conforme, siempre relativamente, a la justicia, a la verdad de los principios de derecho. La inmovilidad no se puede encontrar más que en algunas demostraciones matemáticas, algebráicas; el círculo nunca será un cuadrado: de diez quitadas ocho, quedarán eternamente dos. Pero no puede suceder igual en ciencias sociales, como es el derecho; y por doble motivo porque no existen principios ciertos y son ciencias eminentemente progresivas, y el progreso, la evolución de una ciencia dada, significa variedad, destrucción, modificación, innovación de los principios, de las leyes que informan determinado ramo de la ciencia. Querer la inmovilidad, el estacionamiento, la cristalización en el derecho es pretender lo imposible. El derecho no es otra cosa que la vida, y la vida es lucha perdurable; moral y sociológicamente no tiene límites, no tiene meta, no conoce columna de Hércules; tiene horizonte indefinido. En el orden internacional existen confines territoriales; pero en el orden cósmico no hay límites. Volviendo a la casación, la falta de uniformidad de la jurisprudencia no se corrige con la híbrida y fósil institución de la tercera instancia: lo han demostrado cumplidamente Sclopis (1), Nicolini (2), Liberato-

(1) Sclopis, *Della autorità giudiziaria*, cap. IV.
(2) Nicolini, *Quistioni di diritto*, vol. I, pág. 34.

re (1), Pisanelli (2), Mancini (3), Tecchio (4), De Falco (5), Calenda (6), La Francesca (7) e ilustres publicistas educados en severos estudios, como, entre otros muchos que pudieran citarse, Broughan (8) y Hello (9). Entre nosotros una de las cuestiones merecedoras de examen es la anulación de los veredictos, porque la repetida anulación, repetidas remisiones no sólo producen un perjuicio financiero, sino también social.

Las causas que se presentan ante el Jurado después de cinco, seis o siete años, no es posible sean resueltas en el sentido del triunfo de la justicia. Después de largo transcurso de tiempo, la prueba se debilita; a la justicia sucede la piedad, la compasión; la oralidad desaparece, pues a menudo, por la muerte de los querellantes, de los denunciantes, de los testigos, hay necesidad de dar lectura a la querella, a la denuncia o a las deposiciones. La lectura no es más que un pálido reflejo de la declaración oral; la lectura de la declaración no atrae jamás la atención de los jurados, los cuales revelan con frecuencia su can-

(1) Liberatore, *Saggio della giurisprudenza penale.*

(2) Pisanelli, *Comm. di proc. civ.*, vol. IV, pág. 617.

(3) Mancini. Véase la cuarta acta de la Comisión encargada de redactar un proyecto de ley de organización de la Corte de casación.

(4) Tecchio. Relación de la Comisión del Senado acerca del proyecto de ley de organización de la Corte de casación del reino. Actas del Parlamento y del Senado del reino. Sesiones de 1871 y 1872.

(5) De Falco, *Discurso citado*, 1884.

Idem. Relación al Senado sobre el proyecto de ley de organización de la Corte de casación.

(6) Calenda, *Il supremo magistrato. Discorso inaugurale*, 1885.

(7) La Francesca, *Relación estadística* de 1885, pág. 18.

(8) Lord Broughan, *Revue de législ. de Wolowck*, año 1858.

(9) Hello, *Du régime constitutionnel*, 2.ª partie, titre 1.°, chap. III, IV.

sancio; la declaración escrita no produce impresión alguna en el ánimo de los llamados a dar su veredicto por íntima convicción. De aquí las absoluciones; de aquí el triunfo del delito (1).

En importantes Cortes de Asisas del reino, por la dilación de las anulaciones, algunas causas son presentadas a los jurados siete u ocho años después de consumado el delito. Y después de ocho años de prisión preventiva, no se encuentra un Jurado que pronuncie un veredicto afirmativo.

No es atendible la observación de algunos idealistas que atribuyen esta debilidad a la poca aptitud de los Presidentes.

Cierto es que debieran ser nombrados los Presidentes no temporal, sino de un modo estable.

El Presidente de Asisas no se puede crear; se forma con el tiempo. No todos los Consejeros son capaces para presidir una Corte de Asisas: es menester aptitud, méritos especiales. Se puede ser un distinguido funcionario y al mismo tiempo un desdichado Presidente de Asisas. Es un gran error nombrar Presidente de Asisas a un Presidente de Tribunal apenas promovido a Consejero. Sólo los sustitutos de Procuradores generales, educados en la lucha diaria ante la Corte, conocedores del mecanismo del Jurado, ofrecen las garantías que la ley y la sociedad exigen en la administración de justicia por la conciencia popular.

Aparte de las consideraciones de orden general,

---

(1) V. Majno, *La revisione dei processi penali. Archivio di psichiatria*, vol. V, fasc. 2, 3.

Garofalo, ob. cit., pág. 344.

Lombroso, *Incremento del delitto in Italia*, págs. 36 y 37.

¿las anulaciones de veredictos pueden atribuirse a los Presidentes que, vistas las variaciones de los acuerdos de los Tribunales superiores, no están jamás seguros de lo hecho? Si es verdad que hoy se admite un recurso que otro día se rechaza, si es verdad el dualismo científico entre nuestras cinco Cortes de casación, ¿en buena conciencia se puede achacar a un Presidente la anulación de un debate? Creemos que no.

Una última advertencia sobre la llamada *Sección de los recursos*. Nuestra Corte de casación se divide en dos Secciones: una para los negocios civiles, otra para los negocios penales.

En la última legislación subalpina existía en su lugar otra división de Secciones, que todavía dura hoy en Francia. Allí la Corte de casación se divide en tres Secciones: la una para los negocios civiles; la otra para los negocios penales; la tercera, denominada *Sección de los recursos*, encargada de decidir sobre la admisión de los recursos en materia civil, de examinar previamente, y sin contienda si concurren todos los requisitos para poder proceder a la discusión contenciosamente del fondo de los recursos.

Entre nosotros tiene interés de actualidad el estudio de si es conveniente o no la *Sección de los recursos*. Con calor se defiende y se combate. En el terreno del derecho positivo parece predomina el sistema francés, que conoce la *section des requêts*. En el proyecto de ley de organización de la Corte de casación, presentado al Senado por el Ministro De Falco en el año 1872, se proponía la creación de la Sección de recursos, pero exclusivamente para los negocios civiles (1).

(1) Artículos 10, 11 y siguientes.

En otro proyecto de creación de la Corte de Justicia del reino, presentado a la Cámara de los Diputados por el Ministro Vigliani en 1875, se introducía también la llamada *Comisión de admisión*, a la cual se le confiaba el examen preliminar y sin controversia de los recursos civiles.

El sistema intermedio de Vigliani es útil, no sólo en materia civil sino también en materia penal. Se lograría evitar juicios inútiles y otras ventajas. El objeto de la mayor parte de los recursos en materia penal es dilatar la ejecución de sentencias condenatorias, estando el reo en el correccional, y así obtener que la pena, a fuerza de recursos, no se cumpla en los lugares destinados por la ley para expiar los crímenes.

Hoy, atendida la laxitud de algunas Cortes de Asisas, anulado el veredicto y la sentencia de condenación, la pena se comienza a contar desde la fecha de la sentencia anulada y no de la de revisión, computándose así la cárcel por reclusión o trabajos forzados, con desconocimiento del art. 4.°, C. P. (1).

Enseña la experiencia que una condena de relegación, reclusión, trabajos forzados por cierto tiempo más de una vez, si no termina con un veredicto negativo, es sufrida en la cárcel. Es raro que el veredicto y la sentencia sean anulados en una sola vez por la Corte de casación. Sucede a menudo la repetición de las anulaciones y la remisión a otras Cortes de Asisas. Y como en los grandes centros la celeridad de los juicios es un deseo piadoso, acontece que el nuevo juicio se celebra después de siete, ocho y aun diez y seis años de cometido el delito; en la ex-

(1) V. mi *Diritto positivo penale italiano*. Com. al artículo 71, C. P.

trañísima hipótesis de veredicto afirmativo o de la no admisión del recurso, los siete años de relegación ó reclusión, los diez y seis de trabajos forzados, con el sistema adoptado por algunas Cortes y confirmado por algunas de casación, el acusado los cumple en la cárcel. ¡Ilegal confusión entre los diversos géneros de penas fijados por el Código, entre una ley por sancionarse y una ley sancionada, entre una aspiración científica y una sanción categórica legislativa!

XLVIII

No terminaremos estas breves observaciones sin indicar dos cuestiones graves suscitadas por los hombres de ciencia. Es la una sobre la prisión preventiva, y la otra sobre la obligación del Estado de indemnizar al acusado absuelto.

Acerca de la primera la ciencia no ha dicho la última palabra. En el estado actual de moralidad y cultura, la prisión preventiva no puede abolirse: la exige una suprema necesidad social.

El desarrollo instructorio en los procesos graves no puede seguirse debidamente y con justicia si el inculpado se encuentra libre y en condiciones de hacer presión sobre los testigos, que, amenazados, no quieren decir la verdad. Uno de los motivos que impulsa a los testigos a modificar sus declaraciones sumariales al deponer ante la Corte de Asisas, es la presencia del acusado, que, absuelto, podrá tomar venganza. La historia de la delincuencia nos lo muestra en sus anales. Pero también una suprema necesidad social impone se restrinja a los límites indispensables y no se extienda más allá de la necesidad social. Reconocemos que no todos los procesos se pueden tramitar

de modo rapidísimo, pero es justo no lleven la marcha lenta del caracol. Una prisión preventiva de cinco o seis años es cosa que raya en lo arbitrario. Alta razón de conveniencia pública pide sufra el orden individual; mas el sacrificio impuesto es menester tenga un límite en el orden social.

En los grandes centros es innegable la justicia camina con lentitud. Por término medio el acusado no se presenta a sus jueces naturales, a los jurados, antes del tercer año. Sucede a veces que el acusado de asesinato, homicidio, robo, etc., sea juzgado después de cinco años de prisión preventiva. Y acontece que la causa es remitida a otra quincena, y también a otra sesión, porque los jurados o no se presentan, importándoles poco la multa, o justifican su ausencia con certificados médicos, suscritos a menudo por insignes profesores, o por no ser habidos: así sucede en Nápoles, donde el Presidente de Asisas emplea grandes esfuerzos para constituir el Jurado casi siempre al tercer día de sesión; pues no sólo en Nápoles, sino también en otras sesiones del reino, el ciudadano italiano aprecia poco la institución: prefiere ser multado a ser jurado en las causas que se ven en la quincena.

Es muy difícil suceda en Italia lo que relata Rossi. Un joven Lord, ayudante de campo de renombrado general, llamado al mismo tiempo a lucir su uniforme en gran revista que había de celebrarse en las llanuras de Bélgica y a ser jurado en su condado, dejó la brillante exhibición militar, donde haría ostentación de su puesto y sus veinte años, y se fue a cumplir con el deber de jurado (1).

(1) P. Rossi, *Cours de droit constitutionnel*, vol. II, pág. 85. Righi, en la *Relación citada*, pág. 147, pone de relieve la

Dada la lentitud de la administración de justicia en los grandes centros, juzgamos debe crearse una institución que tenga por objeto acelerar el adelanto de los procedimientos penales. Los Procuradores generales y los Procuradores del Rey están atareados con la parte administrativa de su cargo, y es imposible vigilen los primeros a los segundos y éstos a los jueces instructores.

Hemos estado breve tiempo en la magistratura judicial, habiendo pasado nuestra no corta carrera en la magistratura requirente, y en teoría y en la práctica conocemos todo el mecanismo y podemos asegurar que los procesos penales duermen tranquilamente cubiertos de polvo en los estantes de los juzgados instructores. Estuvimos como sustituto del Procurador general en un círculo extraordinario de Asisas de la Cerdeña, examinando el estado de los procedimientos penales de un juzgado instructor, y con pena vimos existían procesos muy antiguos con presos.

No hay motivo que justifique la prisión preventiva cuatro o cinco años, y por causa de diversas anulaciones seis o siete.

Consideramos, pues, necesario se cree una institución, cuyo desempeño podía confiarse a un sustituto de Procurador general.

Estaría obligado a vigilar los Procuradores del Rey y jueces instructores del distrito, llevando cinco libros: uno para anotar el parte del Procurador del Rey, en que dé cuenta del crimen o delito al Procurador general, la naturaleza del hecho, fecha de la requisitoria para el procedimiento ordinario o suma-

---

repugnancia constante, invencible que los ciudadanos oponen al regular funcionamiento del Jurado.

rio, la fecha de la remisión del mandato de captura o de comparecencia, la fecha de la transmisión al juez instructor; otro para anotar la fecha de la ejecución del mandato de captura o de comparecencia, la fecha de la requisitoria al Procurador del Rey y de la ordenanza de remisión del juez instructor y de la sentencia del Tribunal, en la hipótesis de ser delito de su competencia propiamente o por correccionalización; tercero, para registrar todas las fechas de las excitaciones a los magistrados instructores y al Procurador del Rey y las fases todas del desarrollo sumarial; cuarto, para saber la llegada del proceso al Procurador general, la fecha de su requisitoria, la fecha de la sentencia de la Corte, Sección de acusación, y en el caso de mandamiento de captura la fecha de la ejecución; quinto, para inscribir la fecha de la puesta en rol del veredicto y de la correspondiente sentencia.

Por este medio un funcionario del Ministerio público se encontraría en condiciones, no sólo de poder vigilar los adelantos todos del proceso, de conocer la laboriosidad del Procurador del Rey y del magistrado instructor y también de evitar el escándalo de largas prisiones preventivas, pues teniendo únicamente esta tarea logrará que los procesos se tramiten con celeridad relativa y siga la pena al delito lo más pronto posible.

El Ministerio público además, siendo uno de sus miembros el encargado de este servicio, puede hacer un estudio analítico y comparativo de la criminalidad y redactar las memorias estadísticas de modo que respondan a las justas exigencias de la Comisión de estadística, presentando el día de la inauguración del año judicial ante el Tribunal de la opinión

un estado positivo, verdaderamente estadístico, es decir, la exposición de los hechos, de los resultados judiciales, el análisis concreto de la cifra, en una palabra, una estadística verdad del distrito.

El sustituto del Procurador general, nombrado anualmente por el Procurador general, tendría la obligación de dar a éste cuenta, al menos todos los meses, del comportamiento de los magistrados, para que pudiera denunciar al Ministro Guardasellos los trabajadores y los negligentes.

La indemnización del Estado al individuo inculpado o acusado absuelto no la juzgamos de ningún modo conveniente.

Es defendida por varios escritores en Francia (1), lo mismo que en Bélgica (2), Alemania (3) e Italia (4).

Ha sido una de las tesis con más calor discutida en los Congresos jurídicos (5).

---

(1) Bonneville de Marsangy, *De l'amélioration de la loi criminelle.*

Dessalles, *Quelque rèflexions sur la detention préventive.*

Hélie, ob. cit.

(2) Prins et Pergamei, *Inst. crim.*

(3) Geyer, *Die Entschädigung.*

Vaelberg Ullmann en las discusiones del Congreso jurídico alemán de 1873.

(4) Carrara, varios trabajos.

Luccini, *Il carcere preventivo.*

(5) Nissen. En los Congresos XII y XIII se acordó, visto el informe de Jaques Stenglein, que en caso de absolución del imputado o de retractación de la acusación, el acusado tendría derecho a indemnización por la prisión sufrida, debiendo pagarla el que fue causa del arresto o de haberse prolongado la detención.

Se reprodujo el debate en el XVI Congreso de jurisconsultos alemanes, reunido en Septiembre de 1882, interviniendo Listz, Kleiner y Jaques. Se votaron las siguientes proposiciones: 1.ª Si revisada la causa el condenado sale absuelto o se

Duport en Francia en 1790 y Romilly en Inglaterra en 1808 presentaron en este sentido proposiciones al Parlamento que fueron rechazadas (1).

En Bélgica fue propuesta la indemnización por Gottraud y por Le Hardi de Beaulieu en la sesión del 9 de Marzo de 1874 (2).

Está consagrada en los Códigos de los cantones suizos, en el proyecto de Código penal portugués de 1861, en el Código penal de Wurtemberg y últimamente por el Reichstag alemán y en Austria por Poser (3).

El abogado general de la Corte de apelación de Orleans, Gonod d'Artemare, en la inauguración del año jurídico de 1883, resucitó la vieja cuestión de la reparación debida a las víctimas de errores judiciales, esto es, la extensión del art. 1.151 del C. C.

Opinamos no tiene fundamento jurídico esta teoría.

Y a la verdad, ¿en qué título ha de apoyarse el derecho a la indemnización del acusado o inculpado?

No en la ordenanza de no ha lugar por insuficiente prueba, porque el inculpado no puede llamarse víctima social.

No en una sentencia del Tribunal o de la Corte,

---

le impone una pena menor que la expiada, tiene derecho a pedir al Estado le conceda una indemnización por la total o parcial expiación de la pena y la reparación de los daños ocasionados. 2.ª Este derecho desaparece si el condenado, con su conducta durante el procedimiento, dolosamente o por culpa ha dado lugar a la condenación.

(1) Vacca, *Rivista penale*, año X, Abril y Mayo de 1884.

(2) Idem, *Rivista penale*, año X, Abril y Mayo de 1884.

(3) En la Legislación española no se otorga indemnización alguna a los acusados absueltos, ni es cuestión que haya ocupado la atención de los Cuerpos Colegisladores.

pues el 99 por 100 de las veces la absolución se basa en la deficiencia de la prueba.

Ni aun cuando la absolución se funde en la inexistencia del delito, es justa. Siempre esta forma de absolución se emplea después del sumario promovido por querella o denuncia, a la que el magistrado no puede negarse a dar curso, excepto en la hipótesis, afirmada por alguna Corte, de que el hecho denunciado no tenga los caracteres de delito. ¿Cómo, pues, ha de tener culpa el Estado? ¿En qué título se ha de apoyar el inculpado para reclamarle indemnización?

Es ridículo decir pueda fundarse en el veredicto de los jurados, que deciden por impresión, sin razonar y a veces sin tener conciencia del voto dado, manifestado muchas veces, por un acto de bellaquería, como es el de votar en blanco o con papeleta mal escrita: mil negativas no darán jamás una afirmativa.

Desde otro aspecto, en sus relaciones con el derecho público nos parece poco seria.

Dice el ilustre Franz von Listz: «El derecho penal no sólo es una ciencia jurídica, sino una ciencia social; el delito no es una abstracción, es un fenómeno social; y el derecho penal es una reacción contra los esfuerzos de los transgresores de la ley» (1).

El delito, decimos nosotros, es fenómeno que tiene por objeto el desequilibrio social; tiende a herir el Estado en sus factores orgánicos, en su existencia económica, política y social. Es de los fenómenos patológicos que atacan al Estado, en su doble calidad de ente jurídico y de ente político, poder social. En todo caso, el delito es un hecho contra la naturaleza, es un atentado a las leyes inmortales que rigen la

(1) De Franz von Listz, *Manual de derecho penal.*

historia y la humanidad. Pero la historia y la humanidad se sobreponen a los golpes de estos hombres, que sólo tienen de humano el no ser semejantes de los tigres y las panteras. «¿Podrá acaso desearse que este mundo en que todos vivimos y en que se desenvuelve el progreso, se conmoviese y apartase de sus leyes inmutables y eternas por la obra de algunos criminales?», dice un venerable magistrado (1).

Teniendo el Estado derecho a existir y el deber de asegurar su existencia, debe velar por la seguridad de las personas y de los bienes, y por el libre desarrollo de la actividad de los ciudadanos.—Tiene el derecho y el deber de garantir la propiedad.—Tiene el derecho y el deber, al propio tiempo, de castigar las violaciones del derecho, reafirmar el derecho negado por el delito. Carrara dice: «La base del derecho represivo es la protección jurídica» (2).

Mancini opina debe preferirse el sistema represivo a todo otro (3).

Ningún escritor, aun comprendido el socialista de acción, niega al Estado el derecho de castigar (4). Se discute el fin del Estado y el fundamento del derecho de castigar; pero nadie ha negado tal derecho, base de su organización y su existencia social. Pertenézcase a la escuela metafísica, a la ecléctica, a la na-

---

(1) Tommasi. Carta dirigida al senador Moleschott, Presidente honorario del Congreso antropológico.
Corriere del Mattino, año XIII, núm. 321.
(2) Carrara, *Parte speciale,* vol. I, introd.
Idem. *Lineamenti di pratica legislativa obs.*, etc.
(3) Mancini, *Storia della penalità,* introd.
(4) P. Fiore, *Diritto penale internazionale,* vol. I, pág. 77.
Haus, *Diritto penale.*
Rossi, *Diritto penale.*
Y todos los escritores de derecho penal.

turalista, ya por el principio de la tutela jurídica, ya por el de conservación social, a ninguno se le ha ocurrido negar la legitimidad del derecho de castigar del Estado. En la inmensa variedad de opiniones acerca de este punto, ninguna priva al Estado de tal derecho (1).

Y si obrando como poder soberano y moderador de los fines sociales, tiene el deber de proveer a la tutela del orden público, tiene el deber de reintegrar el derecho negado por el delito, tiene el poder legítimo de ampararnos contra los delincuentes, para lograr así, según Spencer (2), un fin legítimo, la vida, tiene el derecho de perseguir al delincuente, de averiguar la prueba del delito cometido, de proceder a todos los actos que tiendan al castigo del individuo que ha atentado al orden social, al triunfo de la justicia y de la verdad, ¿es seria la responsabilidad que se solicita?

Afirmadas estas ideas de derecho público, elementales para el hombre de ciencia, la responsabilidad del Estado es una aberración, es una teoría que mues-

---

(1) V. Brusa, *La morale ed il diritto criminale al limbo.*

(2) Spencer, *Essai de politique.*

Mausdley, *Crimine and folly.*

G. Mill, *La philosophie di Hamilton.*

Despine, *Psicologia naturale,* vols. I y siguientes.

Lacassagne, *Du criminel devant la science contemporaine.*

Foullier, *La science social contemporaine.*

Idem, *La liberté et déterminisme.*

Kraepelin, *Abschaffung des Straxmasses.*

Hotlzendorff, *Das verbrechen des Mondes und die Toddestraf.*

Lombroso, *L'uomo delinquente. Sull incremento del delitto*, etc.

Ziino, *La fisio-patologia del delitto*, *Prontuario scientifico-pratico de clinica forense,* y todos los escritores de la nueva escuela positivista penal, Ferri, Garofalo, Puglia, Tamassia, Siciliani, Pavia, Moleschott, Tommasi, etc.

tra cómo la fiebre de reformas ciega a los publicistas contemporáneos.

La irresponsabilidad del Estado, el no tener éste la obligación de indemnizar al inculpable o al acusado, es defendida por hombres respetables (1).

Ya lo he dicho: el no haber podido la instrucción confirmar la culpabilidad del delincuente, no excluye la existencia del delito. Las instrucciones sin resultado son debidas a varios coeficientes: la moralidad de los testigos, el carácter astuto del delincuente, la naturaleza del delito y alguna vez el poco celo, la ignorancia del funcionario.

¿Es lógico que sobre el simple motivo de la impotencia social para presentar un conjunto de pruebas concordes de la culpabilidad del acusado o de la ignorancia, pueda basarse la obligación del Estado a indemnizar al inculpado o acusado? No, tanto desde el punto de vista individual como desde el punto de vista social.

La science d'ailleurs ne peut pas tout faire, dice Brocher (2); nosotros decimos: a la ciencia falsa de hoy todo es posible, hasta crear una nueva forma de Gobierno; la forma de los liquidadores sociales: la anarquía.

---

(1) Brougham, *Filosofía política*. Traducción de Emiliani-Giudici y Busacca, vol. I, cap. IV. pág. 39.

Mantellini, *Lo Stato ed il Codice civile*.

Narici, *Sentenze e studi penali*, estudio XIII, pág. 265.

E. Worms, *Del l'Etat au regard des erreurs judiciaires*.

(2) M. H. Brocher de la Fléchère, *Des principes naturales de droit international privée. Revue de droit internationnel*, tomo XVIII, 1885, núm. 4, pág. 317.

XLIX

Hemos terminado nuestro trabajo. Hemos procurado delinear algunas de las ideas de reforma, entre las muchas que ofrece el procedimiento penal en su desarrollo científico. Hemos combatido varias teorías, unas por creerlas erróneas, otras impropias del tiempo presente. Es menester recordar lo que decía un ilustre hombre de Estado, Gortschakoff: *Il y a des choches qu'il faut renvoyer á des temps meilleurs;* frase que encierra una gran teoría social, repetida en nuestros días por Gladstone. A la pública honrada opinión, a este poderoso y temible Magistrado, toca decir si hemos o no logrado nuestro propósito (1).

(1) El ilustre hombre de Estado que ocupa hoy (año 1888, en que esto se escribía) el Ministerio de Gracia y Justicia, Tajani, ha presentado un nuevo proyecto de ley de organización judicial, que sólo conocemos por los periódicos. Esperamos del insigne político que, basando la reforma tan ansiada en los verdaderos principios, realce el prestigio intelectual, político, jurídico, económico, social de la magistratura, haciéndola, como es debido, tercer poder del Estado.

FIN

ÍNDICE

Giddings.—Principios de Sociología, 10 ptas. —Sociología inductiva, 6 pesetas.
Gladstone.—Vida de Lord Macaulay, 1 pta.
Goethe.—Memorias, 5 pesetas.
Gómez Villafranca.—Indices de «La España Moderna», tomos 1.° á 264, formados aplicando el sistema de clasificación bibliográfica decimal, 12 pesetas.
Gonblanc.—Historia general de la literatura, 6 pesetas.
Goncourt.—Historia de María Antonieta, 7 pesetas.—Las Favoritas de Luis XV, 6 pts.—La Du-Barry, 4 ptas.—Querida, 3 ptas.—Rene Mauperin, 3 pesetas.—Germinia Lacerteux, 3 ptas.—La Elisa, 3 ptas.—La Faustin, 3 pts. —La señora Gervaisais, 3 pt.—La Clairón, 6 p. La mujer en el siglo XVIII, 5 pesetas.
Goodnow.—Derecho administrativo comparado, dos tomos, 14 pesetas.
González.—Derecho usual, 5 pesetas.
Goschen.—Teoría sobre los cambios extranjeros, 7 pesetas.
Grave.—La Sociedad futura, 8 pesetas.
Green.—Historia del pueblo inglés, 4 t., 25 pt.
Gross.—Manual del Juez, 12 pesetas.
Guizot.—Abelardo y Eloisa, 7 pesetas.
Gumplowicz.—Derecho político filosófico, 10 pesetas.—Lucha de razas, 8 ptas.—Compendio de Sociología, 9 ptas.—La Sociología y La Política, 4 pesetas
Guyau.—La Educación y la herencia, 8 ptas. —La Moral inglesa contemporánea, 12 ptas.
Hallman.—Historia de la Pedagogía, 2 ptas.
Hamilton.—Lógica parlamentaria, 2 pesetas.
Haussonville.—La Juventud de Lord Byron, 5 pesetas.
Heiberg.—Novelas danesas, 3 pesetas.
Heine.—Alemania, 6 pesetas.—Memorias, 3 p.
Höffding.—Psicología Experimental, 9 ptas.
Hume.—Historia del Pueblo Español, 9 ptas. —Historia de la España Contemporánea, 8 p.
Hunter.—Sumario del Derecho Romano, 4 p.
Huxley.—La Educación y las Ciencias Naturales, 6 pesetas.
Ibsen.—Casa de muñeca, 3 pesetas.—Los aparecidos, 3 pesetas.
Jitta.—Método de Derecho internacional, 9 ps.
Kells Ingram.—Historia de la Economía Política, 7 pesetas.
Kochs, Hirsch, Stokvis y **Würzburg.**—Estudios de Higiene general, 3 pesetas.
Korolenko.—El desertor de Sajalín, 2,50. ps
Kropotkin.—Campos, fábricas y talleres, 6.
Krüger.—Historia, fuentes y literatura del Derecho Romano, 7 pesetas.
Lagerlof.—El esclavo de su finca, 3 pesetas.
Lange.—Luis Vives, 2,50 pesetas
Larcher y P. J. Jullien.—Opiniones acerca del matrimonio y del celibato, 5 pesetas.
Laveleye.—Economía política, 7 pesetas.—El Socialismo contemporáneo, 8 pesetas.
Lemcke.—Estética, 8 pesetas.
Lemonnier.—La Carniceria (Sedán), 3 ptas.
Leroy-Beaulieu.—Economía política, 8 ps.
Lester-Ward.—Factores Psíquicos de la Civilización, 7 pesetas.
Lewis-Pattee.—Historia de la Literatura de los Estados Unidos, 8 pesetas.
Liesse.—El trabajo, 9 pesetas.
Lombroso.—Medicina legal, dos tomos con multitud de grabados, 15 pesetas.
Lombroso, Ferry, Garofalo y **Fioretti.** —La Escuela Criminológica Positivista, 7 p.
Lubbock.—El empleo de la vida, 3 pesetas.
Macaulay.—La educación, 7 ptas.—Vida, Memorias y Cartas, dos tomos, 14 ptas.—Estudios jurídicos, 6 pesetas.
Mac-Donald.—El criminal tipo, 3 pesetas.
Manduca.—El Procedimiento Penal y su desarrollo científico, 5 pesetas.
Marie.—Misticismo y locura, 5 pesetas.
Marshall.—Economía política, 3 tomos, 21 pt.
Martens.—Derecho Internacional, 4 t., 30 ps.
Martín.—La moral en China, 4 pesetas.
Mattirolo.—Instituciones de Derecho procesal civil, 10 pesetas.
Maupassant y Alexis.—Vida de Zola, 1 pta.
Max-Müller.—Historia de las Religiones 8 ptas.—La Ciencia del lenguaje, 8 ptas.—La Mitología comparada, 7 pesetas.
Menéndez y Pelayo.—Vida de Núñez de Arce, 1 pta.—Vida de Martínez de la Rosa, 1.
Meneval y Chantelauce.—María Estuardo, 6 pesetas.
Mercier.—Lógica, 8 ptas.—Psicología, 2 tom. 12 ptas.—Ontología, 10 ptas.—Criteriología general ó tratado de la certeza, 9 pesetas.
Mérimée.—Colomba, 3 pts.—Mis perlas, 3 p.
Merejkowsky.—La Muerte de los Dioses, 2 p.
Merkel.—Derecho penal, 10 pesetas.
Meyer.—Derecho Administrativo. La administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria. Introducción y exposición de la organización administrativa en España, 4 pesetas.
Miraglia.—Filosofía del Derecho, 2 ts., 15 ps.
Molins.—Vida de Bretón, 1 peseta.
Mommsen.—Derecho público romano, 12 pesetas.—Derecho penal romano, dos tom. 18 p.
Morley.—Estudios sobre grandes hombres, 5 pesetas.—Voltaire, 6 pesetas.
Mouton.—El deber de castigar, 4 pesetas.
Murray.—Historia de la Literatura clásica griega, 10 pesetas.
Nansen.—Hacia el Polo, 6 pesetas.
Nardi-Greco.—Sociología jurídica, 9 pesetas.
Neera.—Teresa, 3 pesetas.
Neumann.—Derecho Internacional público moderno, 6 pesetas.
Nietzsche.—Así hablaba Zaratustra, 7 ptas. —La Genealogía de la Moral, 3 ptas.—Más allá del bien y del mal, 5 ptas.—Humano, demasiado humano, 6 ptas.—Aurora, 7 ptas.—Últimos opúsculos, 5 ptas.—La Gaya ciencia, 6 ptas.—El viajero y su sombra, 6 ptas.
Nisard.—Los cuatro grandes historiadores latinos, 4 pesetas.
Nourrisson.—Maquiavelo, 3 pesetas.
Novicow.—Los despilfarros de las Sociedades modernas, 8 ptas.—El Porvenir de la raza blanca, 4 ptas.—Conciencia y voluntad sociales, 6 pesetas.—La guerra y sus pretendidos beneficios, 1,50 pesetas
Papini.—Lo trágico cotidiano y El Piloto ciego, 3 p.—El crepúsculo de los filósofos, 3 p.
Pardo Bazán.—El P. Coloma, 2 ptas.—Vida de Campoamor, 1 pta.—De Alarcón, 1 peseta.
Passarge.—Vida de Ibsen, 1 peseta.
Perrot.—El Derecho público de Atenas, 4 pts.
Picón (J. O.)—Vida de Ayala, 1 peseta.
Potapenko.—La Novela de un hombre sensato, 2 pesetas.
Prévost-Paradol.—Historia Universal, tres tomos, 16 pesetas.
Quinet.—El Espíritu nuevo, 5 pesetas.
Renán.—Estudios de Historia Religiosa, 6 pesetas.—Vida de los Santos, 6 pesetas.—Memorias íntimas, dos tomos, 6 pesetas.
Ribbing.—La higiene sexual, 3 pesetas.
Ricci.—Tratado de las pruebas, dos tomos, 20 ptas.—Derecho Civil, 20 tomos, 140 pesetas.
Rocco.—La Sentencia Civil, 4 pesetas.
Rogers.—Sentido económico de la Hist.ª, 10 p.
Rod.—El silencio, 3 pesetas.
Roguin.—Las reglas jurídicas, 8 pesetas.
Roosevelt.—Nueva York, 4 pesetas.
Rossi.—Sociología y Psicología colectiva, 6 p.
Rozan.—Locuciones, proverbios, dichos y frases, 3 pesetas.
Ruskin.—Las siete lámparas de la Arquitectura, 7 ptas.—Obras escogidas, 2 ts., 13 ptas. —Las piedras de Venecia: Guía estética de Venecia y de Verona, 6 pesetas.
Sainte-Beuve.—Estudio sobre Virgilio, 5 pesetas.—Tres mujeres, 3 pesetas.—Retratos de mujeres, 3 pesetas.
Saisset.—Descartes, sus precursores y sus discípulos, 7 pesetas.
Sansonetti.—Derecho Constitucional, 9 ptas.
Sarcey.—Crónica del Sitio de París, 6 pesetas.
Sardou.—La perla negra, 3 pesetas
Scheel y Mombert.—La explotación de las