

NOTAS PARA LA HISTORIA DEL PROCEDIMIENTO CRIMINAL

Por el Dr. Javier MALAGON BARCELO, Secretario de la Comisión de Historia en el Instituto Panamericano de Geografía e Historia.

I. *El proceso penal romano*, como garantía del justiciable, no aparece hasta la segunda época de la República. Los monumentos legales que se conservan de la Monarquía y aun de los primeros tiempos de la República nos dan ideas poco concretas de la organización procesal y judicial romana en el campo penal. Se cree que los patricios hicieron una colección de leyes reales que ocultaron cuidadosamente al pueblo, para así poder disponer arbitrariamente de la justicia.¹

Es necesario destacar ante todo el carácter político del magistrado romano, y de ahí la complejidad de su función. La Pretura era considerada como un grado del “cursus honorum”, es decir, de la carrera política. En el proceso penal, este carácter doble jurisdiccional y político del Magistrado romano, trae como consecuencia una duplicidad de poderes: la “coercitio” —procedimiento político en el que el Pretor conoce sin someterse a forma alguna— y la “jurisdictio” —procedimiento que se sigue en aquellos casos que no pueden conocerse sin sujetarse a “forma” y con garantías determinadas.

¹ Jiménez Asúa, “Historia Universal del Derecho Penal” en *Tratado de Derecho Penal*. I Buenos Aires, 1950; Rein, *Geschichte des römischen Criminal processes*, Leipzig 1842; Zupmt, *Der Kriminal-process der römischen Republik*, Leipzig 1871. *Römisches Strafrecht*. Leipzig 1899, lib. III. (Hay traducción española por Dorado Montero, *Derecho Penal Romano*, Madrid, s. d.). Di Marzo, *Storia della procedura penale romana*, Palermo, 1898.

a) Durante el siglo VII de la fundación de Roma se deja sentir la influencia del procedimiento griego. En efecto, el carácter que domina es el de publicidad con todas sus consecuencias.

Hemos de distinguir dos clases de procedimientos: “*iuditia privata*” e “*iuditia publica*”. Este último se subdivide en dos especies: aquel en que resuelve por sí solo el Magistrado, “magistrativo” y el que podríamos llamar de jurados o “magistrativo comicial”.

Iuditia privata.—El padre romano, como consecuencia de su facultad omnimoda derivada del amplio concepto de la “*patria potestas*”, tenía un derecho de vida y muerte sobre sus hijos. Este derecho jamás fué usado sin la autorización del “*consilium*” —reunión de parientes y aun de extraños— y cuando el “*pater familias*” hacía uso indebido de este derecho incurría en pena de muerte.

Iuditia publica “magistrativa”.—En este procedimiento interviene solo un Magistrado, iniciándose con la “*questio*” o pregunta al acusado. Para este trámite previo hubo necesidad de crear un funcionario especial, el *Questor*, que comienza siendo sólo un funcionario encargado de la iniciación del proceso y evoluciona más tarde debido al sentido político romano basado en la siguiente razón: la decisión de un magistrado se daba en virtud del “*imperium*” de que estaba investido, y como las decisiones graves se podían apelar —“*ius provocandi*”— ante los comicios centuriados, y si éstos revocaban la sentencia, podía producirse un conflicto de autoridad, para evitar estos casos (multa de 3.020 ases o pena de muerte) el magistrado delegaba en el *Questor*, evitando de este modo el conflicto de autoridades máximas.

El orden establecido para el conocimiento de aquellos delitos que entraban en la competencia del “*Pretor*” es el siguiente: inquisición o instrucción, prueba y sentencia. La sentencia dictada puede ser objeto de apelación ante los comicios por la “*provocatio*”, teniendo el magistrado que defender su fallo. La *provocatio* se configura como una verdadera apelación, pues podía llegar a suspender los efectos de la sentencia.

Iuditia publica magistrativa-comicial.—Este juicio, presidido por el Pretor, es una evolución del procedimiento que existía para los “*delita privata*”. En él se conocían aquellos delitos que aunque originariamente no despertaron interés para la comunidad, más tarde se consideraron de interés social, y de aquí que se explique fácilmente el porque conservó en todo tiempo reminiscencias de su carácter privado. El nombramiento de los

jurados, después de muchas vacilaciones, queda fijado por la *Lex Aurelia* (79 A. J. C.) que establece que habían de serlo de entre los pertenecientes a las tres decurias de senadores, *Milites equo publico* y *tribuni aerari*. Posteriormente se concedió el derecho de entrar a formar parte del Jurado a dos decurias de menor significación social. Los nombres de aquellas personas a quien se les reconocía este derecho integraban el "*album indicum*", del cual se proponían por sorteo los nombres de las personas que en cada juicio habían de actuar como jurados. Su número oscilaba entre treinta y dos y setenta y cinco. Frente a estas listas, el acusado gozaba de un poder de recusación, aunque muy limitado, no siendo necesario que indicara el motivo en que la fundaba. El procedimiento a seguir era el acusatorio, pues no podía darse otro dado el número de personas que componía el tribunal. El derecho de acusación era público y podía ejercerlo cualquier ciudadano romano, puesto que se daba en interés de la comunidad. En caso de que concurriera más de un acusador, el magistrado decidía quién había de ejercer la acusación —*divinatio*—. La acusación se iniciaba por la *nominis delatio*, ante el magistrado; el acto del juicio era público y oral, comenzando por las alegaciones de la acusación y de la defensa; después venía la prueba, que corresponde en su totalidad a las partes; únicamente durante el Principado pudo el magistrado interrogar a los testigos. No existía limitación en el número de pruebas, pues el acusador podía sacar a luz incluso la vida íntima de su adversario, y en cambio el acusado aportaba a la prueba certificaciones de honorabilidad procedentes de los más apartados rincones del mundo, con el fin de echar por tierra los argumentos de la acusación. Las partes podían defenderse por sí o por medio de personas ajenas, siendo el informe de los *advocatus*, el punto culminante del pleito. Una vez oídos los discursos de las partes o de quienes las representaran, los jurados votaban con referencia al juramento prestado, valiéndose de una *A*, una *C* o de las letras *N. L.*, iniciales de "*absolvo*", "*condemno*" y "*non liquet*" (voto en blanco). En el fallo condenatorio se requería la mayoría absoluta de los votos emitidos; para la absolución bastaba con la igualdad de votos; y en caso de que por los votos emitidos en blanco no se consiguiera el número de ellos necesario para que recayera sentencia, se concedía una prórroga del juicio —*ampliatio*— para facilitar nuevo fallo del jurado. En caso de condena, se produce la *pronunciatio* del magistrado —adaptada a la histórica prueba de la verdad— y la imposición de la pena.

Los jurados estaban especializados en la materia de que conocían, pues un de las características de esta organización era la de existir casi un tipo de jurado para cada tipo de delito. Así encontramos los formados para juzgar los procesos por exacción —“*de repetundis*”— contra magistrados acusados de cohecho; contra las prácticas abusivas de los recaudadores de tallas en las provincias —“*Lex Calpurnia*”—, etc. Más tarde —en tiempos de Sila los había para fallar en las causas por homicidio— *intersicarios* y de *beneficiis*—, por desfalco de fondos públicos —*de peculata*—, de alta traición —*de maiestate*—, y por malos tratos de palabra o de hecho —*de vi*.

b) Las características especiales del procedimiento romano en relación con la garantía del acusado son:

I. Garantías políticas.

1º Distinción entre “*iurisdictio*” y “*coercitio*”.

2º “*Provocatio*”.

3º “*Ius intercessionis*”.

II. Garantías procesales.

1º “*Diae edictio*” o citación para un día fijo, que tiene por consecuencia el derecho a ser oído.

2º Publicidad no sólo legal, sino efectiva, como exigencia material, puesto que los juicios se celebraban en los mercados.

3º Posibilidad de defensa por terceras personas, garantía que se da en todos los tiempos y que origina la defensa múltiple.

4º Publicidad absoluta en relación con las pruebas, especialmente de la de testigos.

c) En la época imperial sobrevino un cambio radical en el procedimiento, debido a la influencia del “*ordo iuditionum privatorum*” en el proceso penal y a la vinculación del *imperium* en la persona del Emperador —delegación particular o general del *ius gladii*— en los gobernadores de las provincias o en los magistrados de la ciudad, ya por decisión personal del Emperador en las apelaciones contra las sentencias dictadas en primera instancia por los delegatorios o en consulta de los mismos Jueces.

Esta última etapa de la organización judicial romana está caracterizada por seguir el procedimiento secreto y fundamentalmente inquisitivo.

En los *crimina extraordinaria* que resultan de los *delicta privata*, la acusación sólo la puede ejercer el ofendido; en los demás casos, el denunciante tiene que asumir la función de acusador para responder de las imputaciones infundadas y falsas. Se puede aplicar el tormento en el procedimiento a prueba, tanto al acusado como a los testigos, aunque pertenezcan a la categoría de hombres libres *humiliores*.

d) Fuera de Roma, los países conquistados o aliados a la República conservaron sus leyes y costumbres, existiendo únicamente el vínculo político, que era la señal de dominación. En España, muchas ciudades gozaban del *ius italicum* y en estas estaban encargados de administrar justicia los "*duumviri*" o "*quatorviti*". En aquellas otras que no disfrutaban de este derecho, se encontraban generalmente sometidas a la autoridad de un general y no se ha podido comprobar que éstos ejerciesen su autoridad judicial ajustada a un procedimiento regular. Con el Imperio empieza a unificarse el Derecho provincial, y por lo tanto la organización procesal penal. En esta época, el gobernador con los jueces (formando una especie de jurado) constituían el tribunal para el conocimiento de los negocios penales. La tramitación seguida era: una vez presentada y admitida la acusación, se señalaba día para el juicio, citando al acusador, al reo y a los testigos: oídos todos, intervenían los defensores, decidiendo después el gobernador conforme casi siempre al parecer de los jueces.

II. El sistema acusatorio vuelve a reaparecer en la Historia del procedimiento penal a la caída del Imperio Romano e *invasión de los pueblos germánicos del Norte*. El procedimiento acusatorio recobra su primitiva rudeza representada en la venganza privada —*auto tutela*—; el juez es sólo interrogador del hecho; la sentencia se da por la comunidad de los hombres libres. ("*Ding, mallus*") basada en una propuesta de sentencia de un magistrado o de una comisión encargada por el juez. Aprobada la sentencia por la comunidad, se produce el mandato jurídico del juez. La finalidad de la sentencia en los casos que admitían compensación es la imposición del pago de una indemnización (*Wergeld* o *Busse*) para evitar la venganza de sangre, bien por el ofendido o bien por sus parientes.²

2 Para el procedimiento germánico véase en especial: Ernst Meyer *Gescho-
wenrengericht und Inquisitionsprozess*. München 1916; Kl. Fr. von Schwerin *Zum
westgotische Prozess* "Festsch. F. A. Schultze" 1934, y *Rituale für Gottesurteile*,
Heidelberg, 1933.

El procedimiento es formalista, público y oral, y se rige por el principio dispositivo —*Verhandlungsgrundsatz*—. Comienza la citación del ofensor por el ofendido; más tarde viene la alegación del agravio por el mismo ofendido, después del solemne mandamiento de paz, requiriendo al ofensor para que conteste. La prueba no constituye una carga sino un derecho; no se dirige al Tribunal, sino al querellante, existiendo las llamadas pruebas vulgares u ordalias (prueba del agua caliente y fría, la del hierro candente o rejas de arado enrojecidas, aspersiones de sangre, suerte y torta judicial, etc. . .) y el combate judicial o juicio de Dios.

El acusado podía eximirse del proceso mediante el juramento de salvedad prestado individualmente o con el de otras personas —familiares del que jura— que afirmaban no creer en la culpabilidad del acusado y que el juramento de la parte es puro y verdadero. Si el juramento era protestado, se acudía al duelo para probar la veracidad o falsedad del mismo. La presentación de testigos por el querellante excluye la posibilidad del juramento y la presentación de los mismos por el querellado.

Se castigaba con multa al acusado que habiendo sido citado no comparecía ante el Tribunal, y la contumacia conducía a la privación de la paz. La sentencia se daba por asamblea de hombres libres —“Ding”— a requerimiento del querellante. Antes de que la sentencia fuese aprobada por los presentes en el Tribunal, podían alzarse contra ella bien las partes o bien cualquiera de los miembros del Tribunal, en forma de querella contra quien propuso la sentencia, por ilegalidad de la misma y que se resolvía por el duelo. La sentencia se ejecutaba por medio de un contrato en el que las partes prometían solemnemente la composición, siendo necesario acudir a este medio por no recibir la sentencia mandamiento alguno de ejecución y ser sólo una declaración conforme a derecho.

El actor sorprendido en flagrante delito grave podía ser muerto, privado de la paz “*ipso iure*”, sin otro requisito que el llamamiento a los vecinos, en ayuda y en calidad de testigos.

III. *El procedimiento penal de la Iglesia* se inspiró en sus comienzos en el sistema acusatorio del proceso romano. A este procedimiento lo substituyó el inquisitivo y aplicó otras formas del tipo germánico. El procedimiento inquisitivo fué introducido por la Decretal del Pontífice Inocencio III “*Qualiter et quando*”, en la que se disponía que el procedimiento podía comenzar por una triple vía: “*per accusationem*”, “*per denuntiatiorem*” y “*ex officio*”; este procedimiento llegó a adquirir una fisonomía

propia, principalmente, en tiempos de Bonifacio VIII, en que se prohibió revelar so pena de excomunión, los secretos del proceso.³

En el procedimiento acusatorio podía el acusado eximirse del proceso mediante juramento purificador individual o con conjuradores que afirmaban la inocencia del acusado (salvarse con tercera o quinta mano, según el número de conjuradores que la ley exigía para cada caso). El procedimiento inquisitivo se aplicó primero en los casos de pecado notorio o de mala fama del acusado. El juramento germánico de inculpabilidad fué sustituido por el juramento romano de purificación. La Iglesia ha sido quien construyó el proceso inquisitivo, introduciendo sobre todo dos principios que han llegado a ser imprescindibles en todo procedimiento seglar: la "inquisitio ex officio" y la independencia del Juez para la más fácil investigación de la verdad.

La acusación de oficio aparece por primera vez en el procedimiento inquisitorial. Hasta entonces se instaba con carácter privado por el ofendido o sus familiares y sólo entonces se ponía en marcha el aparato judicial. La Inquisición instaura el sistema de acusación de oficio, que se encomendó a un funcionario especial llamado Promotor o Promotor fiscal, sistema y figura que después recogió el Estado y llegó a constituir la norma en todos los Estados, hasta el punto de que la persecución privada, a instancia de parte, solamente se conserva con carácter fundamental para un corto número de delitos, en atención a su peculiar naturaleza, o bien se admite como cooperadora de la persecución de oficio, en nombre del Estado.

Valor procesal de las Instrucciones de los Inquisidores: Canónicamente cabe hacer problema del valor de tales *Instrucciones*, especialmente cuando, como en el caso de la Inquisición española, no provienen de los Ordinarios en cuanto jueces natos en materia de fe, sino de otros funcionarios, los Inquisidores generales, no investidos de los poderes de los Ordinarios y sí únicamente de las facultades delegadas que se les confieren. Y en cuanto a tal delegación, por provenir fundamentalmente del poder secular, resulta dudoso que pueda considerarse canónicamente perfecta.

No obstante, en la Inquisición española jugaron un papel de primordial importancia. Contenían una serie de puntos que, de ser descubiertos en alguna persona, acarrearían su declaración de culpabilidad de herejía. Eran verdaderas presunciones *juris et de jure*, pues no admitían prueba en contrario y constituían una prueba de valor absoluto respecto a la incul-

3 Eloy Montero Gutiérrez. *Derecho Canónico*, Tomo III, Madrid 1929.

pabilidad del acusado en cuestión. Muchos de estos puntos consistían simplemente en el ejercicio de ritos y ceremonias judaicas. Es lógico, en este caso, inferir que quienes los realizaran judaizaran, siempre que concurriesen las circunstancias personales necesarias, como el hecho de estar bautizados. Pero hay algunos que sí plantean problema, por lo que respecta al elemento intencional. Por no citar más que un caso, es lo que ocurría con el hecho de volver la cara hacia la pared en el momento de la muerte. Esto podía hacerlo el moribundo con plena conciencia e intención de realizar un rito judaico o podía ser el resultado de un movimiento involuntario, nada extraño en esos momentos. Pero las *Instrucciones* no distinguían, y aquel de quien se hubiera descubierto haber fallecido en tal postura, no tenía medio de librarse de la declaración legal de judaizante, con las consecuencias que ello implicaba para el cadáver y para los bienes y los descendientes del reo.⁴

IV. *Dos elementos constituyen el procedimiento penal común*: el romano y el germánico longobardo; nace y se desenvuelve en Italia durante la Edad Media, presentándonos como una mezcla de ideas jurídicas que le dan una personalidad propia dentro de la historia del proceso penal. A ello contribuyen los escritos de los juristas italianos (civilistas y canonistas) y especialmente la labor de los jurisconsultos de Bolonia y los estatutos de los Estados ciudadanos de la Alta Italia.⁵

Era un tipo de proceso en el que predominantemente se seguía el sistema inquisitivo.⁶ La importancia de este procedimiento fué debida a su rápida difusión, que le sacó del marco nacional para influir fuera de Italia, en la "Constitutio criminalis Carolina" alemana de 1532 y en la "Ordonnance criminele" francesa dada por Luis XIV en 1670, y que subsistió hasta la reforma llevada a cabo en las Asambleas Constituyentes

4 José Díaz, *Instituciones políticas de los Reyes Católicos*. (Tesis doctoral), 1951 (inérita). Véase también Pallares, *El procedimiento inquisitorial: Instrucciones de Toledo*, en "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia", México, julio-septiembre 1948, pp. 151-178.

5 F. Savigny, *Geschichte des Römischen Rechts in Mittelalter*; W. Ullmann, *Algunos principios del proceso criminal medieval* (Trad. Javier Malagón) "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". México, julio-diciembre 1948, pp. 33-53. H. C. Lea, *History of the Inquisition in the Middle Ages*, Vol. I. New York, 1906; A. Esmein, *Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIIIe siècle jusqu'à nos jours*, 1882.

6 Turberville, *La Inquisición Española* (Trad. H. Pereña y Javier Malagón). "Fondo de Cultura Económica". México, 1948.

de la Revolución. Igualmente deja sentir su influencia en el Derecho canónico, hasta el punto de que se le considera como una de sus principales fuentes históricas en el proceso penal.

V. *El movimiento reformador en el campo jurídico penal* fué una reacción contra la exagerada y empírica severidad de la Edad Media, procurándose una continua disminución de la pena, del mismo modo que en el proceso penal se produjo una reacción semejante contra los abusos del sistema inquisitivo, en el sentido de aumentar continuamente las garantías individuales del inculcado dentro del proceso; movimiento iniciado por los filósofos del siglo XVI, que culmina en los principios informadores de la Revolución.

Beccaria, en su famoso tratado *Dei delitti e delle pene* (1764), dedica dos capítulos al juicio penal ("Del juicio criminal"), en los que ataca vigorosamente los abusos del sistema inquisitorial, pensando sólo en eliminar sus defectos, igualmente que los del acusatorio —antes desterrado por su ineficacia— abogando por un sistema mixto en el que se diera mucha más participación de la que se concedía al imputado, desechándose las odiosas costumbres del tormento "a que se sometía al presunto reo con el objeto de arrancarle la confesión del delito, ya para poner en claro sus respuestas contradictorias o descubrir sus cómplices, ya, en fin, para averiguar otros delitos de que no es acusado pero que pudiera haber cometido", y de pregonar la cabeza de los reos, en lo que Beccaria no veía otra cosa que una recompensa a la traición y un modo de encender entre los ciudadanos una guerra clandestina, introduciendo en ellos odios y sospechas.⁷

Desde otro punto de vista, Filangieri, al proclamar las excelencias del sistema acusatorio romano de los tiempos clásicos, atacaba duramente el procedimiento inquisitivo imperante. Bentham,⁸ Pagano, Briganti y en general los escritores franceses, alemanes e italianos de la época, recogen desde sus construcciones más dispares los principios humanitarios del Derecho y del procedimiento penal que fueron lanzados por Beccaria y que bien pronto habían de cristalizar en las legislaciones.

La Revolución francesa de 1789, con su "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano", vino a producir un cambio radical en el en-

7 De Marchi, *Cesare Beccaria e il processo penale*. Turín, 1929.

8 Sobre Bentham en relación a España, véase Luis Silvela, *Bentham, sus trabajos sobre asuntos españoles y exposición de su sistema en España*. Madrid, 1908.

juiciamiento penal seguido hasta entonces. En los famosos "cahiers" de la Asamblea Constituyente se pedía con urgencia la reforma del procedimiento penal, insistiendo en la publicidad del proceso, en el derecho del acusado a tener abogado defensor, en la abolición del juramento exigido al inculcado y en el establecimiento de juicios por jurados. Dado el carácter esencialmente filosófico de los principios revolucionarios, se aceptaron sin vacilaciones las doctrinas de Beccaria y de los filósofos del Derecho continuadores desde sus escuelas de los humanitarios postulados de aquél.

Un decreto del 8-9 de octubre de 1789 facilitó al acusado la publicidad del procedimiento y la ayuda de un defensor a la terminación de la primera indagatoria aboliendo nuevamente la tortura, que en realidad ya había sido suprimida con anterioridad por dos edictos reales de 1780. La Asamblea reconoció las muchas deficiencias de este decreto que en principio no había alterado los antiguos modos del proceder en las causas criminales. Estas deficiencias fueron corregidas por un decreto supletorio de 22-25 de agosto y 12-19 de octubre de 1790. Posteriormente fué reemplazado lo legislado por el decreto fundamental de 16-29 de septiembre de 1791, en el que se organizaba el procedimiento sobre una base nueva, constituyendo en realidad un código de procedimiento criminal influenciado por la legislación inglesa.

El "jurado de acusación y el jurado de juicio" son los caracteres esenciales del nuevo sistema. Los procedimientos ante los jurados de acusación no eran públicos —restos del sistema inquisitivo anterior—, en cambio, las actuaciones ante el jurado de juicio eran públicas y orales. Sin embargo, no desapareció la actuación escrita, pues se tomaban notas de la indagatoria preliminar hecha por el juez de paz y de las afirmaciones y respuestas dadas por el acusado ante el jurado de acusación. Estas notas de interrogatorio e ilustraciones por escrito se ponían a disposición del Fiscal y no de la defensa, cosa extraña y enteramente opuesta al fin que se trataba de obtener, que era la protección del acusado. Las funciones del Ministerio público se redujeron mucho y se concedió a los particulares mayores y más eficaces derechos de acusación.

Numerosas ventajas consiguió el acusado por la Revolución pero también le despojó de una importantísima, que había establecido la experiencia y los escrúpulos de los antiguos juristas: esa ventaja es la conocida en Francia con el nombre de "sistema de pruebas legales" —como opuesto al sistema de "pruebas morales" en virtud del cual el juez, a pesar de su convicción, no podía condenar a ningún reo mientras no tenga pruebas ciertas

de naturaleza definida. Las antiguas normas que trataban de definir el valor de las diversas especies de prueba fueron suprimidas de raíz por el decreto de procedimiento criminal de 29 de septiembre —21 de octubre de 1791. En lo sucesivo el Juez no debería tropezar con ninguna clase de “principios formulados” sobre la validez de la prueba y la ley le proclamaba enteramente libre.

En Alemania se introduce el procedimiento acusatorio y la institución del jurado por las Ordenanzas reales de 2 y 3 de enero de 1849 para el reino de Prusia, que después, primero por su influencia y más tarde por su vigencia, se extienden a todos los estados que constituyeron el Imperio alemán.

VI. Calmados los hervores de la Revolución, constituido el Consulado y proclamado el imperio por Napoleón, publicóse en 1808 el “Code d’instruction criminelle” que se haya inspirado en un sistema mixto o ecléctico de preponderancia inquisitiva. Consecuencia de la publicación de este código francés fué la adopción por la mayoría de los Estados europeos del sistema mixto, del que son muestras el “Código di procedura penale” italiano de 1913, de tendencia inquisitiva atenuada; el austriaco de 1874, obra del jurisconsulto Glasser y la “Strafprozessordnung” (Reglamento del procedimiento penal) del imperio alemán, que empezó a regir en el año 1879.

VII. Para conocer cuáles han sido los elementos históricos que han influido en la legislación española actual es necesario partir de los Reinos hispanogodos, puesto que los otros elementos no nacionales que han influido en el procedimiento español nos son ya conocidos.

a) El “Fuero Juzgo” es más romano que germano; no tiene el procedimiento publicidad alguna. Dispone que el acusador ha de tener confianza en que podrá probar la acusación porque si no la tuviera será castigado cuando por su culpa sufriera tormento el inocente; se admite la composición y puede el acusado librarse del tormento a que se le sometía en aquellos delitos no graves y sin pruebas, por medio de juramento. No conoce las pruebas vulgares ni ordalias ni los juicios de Dios; sólo parece que se admitió la del agua caliente por una ley oscura atribuida

9 El Fuero Juzgo habla de ella como por incidencia y refiriéndose a otra ley que no existe en el Código. La versión castellana dice “como manda la ley caldaria, la ley de suso”. Pidal. *Historia del Gobierno y Legislación de España*, Madrid,

a Egica. Los jueces que conocen de los asuntos criminales son los mismos que los de los asuntos civiles.

b) La Reconquista se caracteriza por la variedad legislativa más compleja, que llega al extremo de que ni aún dentro de los distintos reinos se dé un solo tipo de organización judicial, puesto que nos encontramos que cada pueblo tiene su fuero distinto en el que entre otras materias, se ocupan del proceso. No obstante esta diversidad, vemos que todas las legislaciones hasta las Partidas tienen puntos de contacto, ofreciéndose en la realidad un solo sistema de proceso penal de tipo germánico.¹⁰

El procedimiento seguido en esta época en Asturias, León y Castilla fué el acusatorio. Al querellante se le exigía juramento de que obraba de buena fe, correspondiendo la carga de la prueba de su inocencia al querrellado. La prueba era de tipo formalista, admitiéndose como prueba normal el juramento del acusado y los conjuramentos de sus familiares y, a falta de estos, de individuos pertenecientes al mismo grupo social. En los primeros tiempos se admitieron las pruebas vulgares y los juicios de Dios,¹¹ pero posteriormente fueron sustituidos, a instancia de los Pontífices, por otras más humanas y racionales, como la prueba de testigos y el juramento.

1880, pág. 300, supone que el autor del Código se olvidó de que por él se intentaba desterrar las pruebas vulgares y suprimir todas las leyes que hablan de ellas. Es indudable que esta prueba fué usada por los godos, y por ello en el Concilio de León se habla como de una cosa establecida. Marina (*Ensayo histórico crítico*... p. 232) niega él que este tipo de prueba fuera utilizado por los godos, fundándose en que la ley del *Liber iudiciorum* es de creer que fué interpolada posteriormente, por no encontrarse en los códigos de Toledo, León, Cardona y otros. Esta ley que dice Marina no existe en los citados códigos se halla en los mismos pero con numeración distinta que en la edición latina de la Academia (I, II, 32). En estos códigos corresponden al VI, I, 3.

10 Aun los fueros breves destinan una parte de su contenido a las reglas procesales, los extensos lo hacen con verdadera amplitud, sobre todo el de León J. López Ortiz. *El proceso en los reinos cristianos de nuestra Reconquista*. "Anuario de Historia del Derecho Español" XIV. Sobre procedimientos especiales véase: Luis G. Valdeavellano *El "apellido" Notas sobre el procedimiento "Infraganti" en el derecho español medieval*: "Cuadernos de Historia de España", VII. Buenos Aires 1947. p. 67-105.

11 Manuel Torres, *Naturaleza jurídico-penal y procesal del desafío y ripto en León y Castilla en la Edad Media*, "Anuario de Historia de Derecho Español", X, pp. 161-173. Véase también Cabral de Moncada *O duelo na vida do Direito* en el propio *Anuario* II, 213-232 y III, 69-88.

En las Partidas se dan normas para el procedimiento que debe seguirse para la averiguación de los delitos y castigo de los culpables, restableciéndose el tormento de un modo absurdo y prodigándolo como no lo había hecho la legislación visigoda. En el Fuero Real encontramos la primera muestra de procedimiento inquisitivo con el nombre de "pesquisa", procedimiento que se seguía "sobre algunos homes señaladamente o sobre fechos señalados".¹² En materia de recursos se sigue el sistema de al "doble conforme", contra la que ya no se daba nuevo recurso, y según las "Leyes de Estilo" no se daba alzada contra la sentencia de muerte o de pérdida de un miembro. Los señores jurisdiccionales participaban del derecho de administrar justicia, pero se podía acudir contra sus sentencias en alzada ante el rey, además de estarles vedada la imposición de la pena capital, la de las heridas o mutilaciones reservadas a la justicia del Monarca.¹³

En los Fueros Municipales aragoneses se encuentra solamente el procedimiento acusatorio, admitiéndose como en Castilla, las pruebas vulgares y el "juicio de Dios", si bien algunas de estas fueron suprimidas por la Compilación de Huesca de 1247. Igualmente entra en la categoría de pruebas el juramento, los documentos y los testigos. Especialidades procesales en Aragón fueron los procesos de "*manifestación*" y "*firma*"; por el primero se retenía a la persona para que no se la vejara, así como al proceso y los actos judiciales para evitar la falsificación del texto y al mismo tiempo su conservación, cuando ante el juez se alegaba violencia; y por el de *firma* el juez (Justicia mayor o Jueces ordinarios) daba un mandamiento inhibitorio, a instancia de la parte que se consideraba agraviada o temía que se cometiera agravio en su persona, bienes o derechos, en el que se prohibía a los jueces y particulares molestar al peticionario.¹⁴

En el prólogo de los Usatges —*Antiquam Usatici*— se dice que, antes de su publicación, en Cataluña los jueces daban sus fallos de modo que los delitos pudiesen ser enmendados en cualquier tiempo, si el inculpado

12 Véase la vida procesal en un fuero extenso, en Niceto Alcalá Zamora, *Instituciones judiciales y procesales del Fuero de Cuenca*. "Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia". Núms. 47-48. México, D. F., julio-diciembre 1950.

13 Una magnífica síntesis de la obra Alfonsina en el campo penal puede encontrarse en Constancio Bernaldo de Quirós, *Cursillo de Criminología y Derecho Penal*. Ciudad Trujillo (Santo Domingo) 1940.

14 A. Giménez Soler, *El Poder judicial de la Corona de Aragón*. Barcelona, 1901.

no podía excusarse por sacramento, por batalla o por agua fría o caliente. Con la publicación de los "Usatges" el derecho romano y el canónico dejaron sentir su influencia en el derecho catalán, al seguir el procedimiento inquisitivo de la última etapa del Imperio Romano y el inquisitivo canónico.

c) En el *derecho musulmán*, la justicia se administraba por el Cadi (Cadi) que era nombrado por el soberano, y decidía por sí sólo las más importantes cuestiones civiles y condenaba en los crímenes más graves.¹⁵ Esta unidad en la resolución de cuestiones tan diversas nos lleva a una falta de distinción entre el procedimiento civil y penal, y así vemos como es susceptible de arbitraje (igual que los asuntos civiles) un litigio sobre delitos de los que daban lugar a la venganza privada, existiendo la composición que corre a cargo de la tribu. Para que el derecho de la composición se reconozca por el Cadi ha de presentar el ofendido cincuenta conjuradores; si el acusador no puede hallar el número de juramentos requeridos, el derecho a jurar pasa al acusado, para mediante él obtener su absolución.

Los medios para descubrir la verdad puede decirse que quedaban a discreción del Cadi. Las partes comparecían personalmente en virtud de citación; se expresaban verbalmente y sin intervención de terceras personas. La prueba por excelencia es la testifical, pero limitada en cuanto al número de testigos, siendo la calidad de tal un deber que pesa sobre la totalidad de los miembros de la colectividad. Una derivación de la prueba testifical es la documental, porque ha de representar forzosamente un testimonio, alcanzando esta prueba en España un extraordinario desarrollo. El Cadi dicta sentencia asistido de dos testigos, después de preguntar a las partes si tienen algún otro derecho de que poder hacer uso en el mismo acto.

Este procedimiento fué de única instancia, no habiendo alzada contra la sentencia dictada por el Cadi, pero, no obstante, este podía modificarla en los casos de error o injusticia. Era de tipo inquisitivo y se empleaba el tormento para arrancar la confesión al inculcado, y tenía como características muy salientes su celeridad y su carácter sumario, hasta

¹⁵ José López Ortiz, *La jurisprudencia y el estilo de los tribunales Musulmanes de España* en "Anuario de Historia del Derecho Español. ix, 213-248 y del mismo autor *Derecho Musulmán*. Barcelona, 1932. Aljoxani, *Historia de los jueces de Córdoba* (Trad. J. Rivera) Madrid 1914. E. Levi Provençal y E. García Gómez *Sevilla al Comienzo del siglo XIII. El Tratado de Ibn-Abdūn*. Madrid 1948.

el punto de que la sentencia que condenaba a una pena leve, como la de azotes, se ejecutaba antes de levantar la sesión.

Los cristianos que vivían en territorios dominados por los árabes eran juzgados por las leyes y costumbres hispanogodas y por juez elegido entre ellos, sin otra limitación que los casos de penas graves, en los que era necesario que el Cadi aprobara el fallo para que pudiera ser ejecutado.

d) En rigor, la legislación de la Edad Moderna es la propia y peculiar del anterior período inquisitivo, que se desarrolla y practica a partir del siglo XIII; pero su compilación en un cuerpo legal tiene su arranque en esta época llamada de las Recopilaciones. La primera de estas es el "Ordenamiento de Montalvo", al que siguieron como complementos las "Leyes de Toro" y a estas la "Nueva y la Novísima Recopilación" que contienen variaciones de importancia orgánica.

Durante esta época se llega a la diferenciación entre los tribunales civiles y criminales, prosperando la creación de los Tribunales colegiados de apelación y de súplica. En los grados inferiores existía el juez unipersonal, que tenía amplia jurisdicción criminal, entendiendo de los sumarios y de la primera instancia. El sistema inquisitivo recobra su importancia e influye en el desarrollo del ministerio público, pero no llegó a generalizarse esta institución en los Tribunales de primera instancia.

En cuanto al procedimiento, se restablecieron las leyes que prohibían la admisión de las delaciones anónimas. En la prueba se dió al juez un amplio arbitrio para que "no omita las justas y necesarias ni admita las que fueran supérfluas o maliciosas, para que ni queden impunes los delitos ni se perjudique en nada la justa defensa del reo". Los jueces estaban obligados a tomar por sí y ante el escribano la declaración de los testigos, so pena de privación del cargo; conocían de oficio los delitos públicos y, a instancia de parte interesada, los privados. A los falsos delatores se les castigaba con las costas más las penas especiales determinadas en las leyes. El proceso terminaba con la sentencia, obligándose a los jueces ordinarios que consultasen con las Audiencias las sentencias que contuvieran penas corporales. Se admitía la apelación del reo o la promovida por el fiscal en los casos que pareciere justa y razonable la apelación.

En la Edad Moderna tiene también gran importancia el procedimiento del Derecho colonial americano que es el propio castellano completado con ciertas normas especiales establecidas en la "Recopilación de Leyes

de los Reinos de Indias",¹⁶ tales como las relativas al proceso a que se sometía a los indios, que se distinguía por las formas solemnes y respeto a la costumbre indígena, carácter sumario, semigratuidad y por la típica institución del protector de indios.

e) El siglo XIX nace bajo el signo de la Revolución Francesa, y la tendencia reformadora influye en toda legislación española y especialmente en el procedimiento penal, que recoge el sistema mixto del *Code d'instruction criminelle*. Uno de los caracteres más salientes que presenta el enjuiciamiento en la época moderna en España que arranca de la Constitución de 18 de Marzo de 1812 y que comprende no ya los principios cardinales del procedimiento, sino también las reglas de substanciación, es la tendencia hacia la unificación de fueros, combinada con la diversidad de jurisdicciones, reconociendo únicamente aquellas fundadas en la diversidad de materia. El art. 248 de la citada constitución dice: "En los negocios comunes . . . criminales no habrá más que un solo fuero" estableciendo solamente dos excepciones, en los arts. 249 y 250, respecto a los fueros eclesiástico y militar.

El espíritu liberal de la Constitución de 1812 fué plasmado en un proyecto de código de procedimiento criminal, imitación de la instrucción criminal francesa, proyecto publicado, pero que no tuvo realidad. Constaba de ochocientos artículos y estaba dividido en tres partes más un título preliminar y un apéndice.

La labor de las Cortes Constituyentes de 1812 y la de 1820 fué más afrancesada en materia de procedimiento penal que la de las reunidas en Bayona, en donde se respetó el elemento nacional de enjuiciamiento criminal español.

En 26 de septiembre de 1835 se publicó el *Reglamento provisional para la Administración de Justicia*, que era a la vez ley orgánica de los tribunales y ley de enjuiciamiento civil y criminal, en la que se regulaba con evidente acierto la materia referente a la competencia de los Jueces y de las Audiencias, así como también la tramitación del sumario y del plenario, pero sin alterar la índole esencialmente inquisitiva del proceso. Ninguna reforma importante ocurre después de esta fecha hasta la Revolución de Septiembre, que introdujo bastantes modificaciones, como la

16 Javier Malagón, *Teoría general del Derecho Procesal en las Leyes de Indias*, Madrid 1932; F. de Pelsmaeker, *La Audiencia en las Colonias Españolas de América*. Madrid 1926; Ch. H. Cunningham, *The Audiencia in the Spanish Colonies*, 1919.

supresión del fuero por razón de las cosas, dejando únicamente el militar y el eclesiástico.

Los principios establecidos en la Constitución del 12 en materia de procedimiento criminal no tuvieron realidad práctica hasta el año 1868,¹⁷ debido a las continuas luchas interiores y a la cambiante situación política, que afectó todo ese período. Durante los períodos interconstitucionales —de 1814 a 1820 y de 1823 a 1836— nada se hizo sobre mejoras del procedimiento criminal, salvo hacer desaparecer las escasas reformas de tipo liberal que los períodos constitucionales habían conseguido.

En 1852 se creó la casación en lo criminal, aunque sólo en materia de contrabando y defraudación; y en 1870, desaparecidos con la publicación del Código penal los obstáculos que a ello se oponían, se generaliza la institución; ve la luz la "Ley Provisional sobre la Organización del Poder Judicial" y en 22 de diciembre de 1872, se redactó sobre bases científicas un código de procedimiento inspirado en un espíritu liberal y progresivo que establecía el juicio oral y la única instancia para toda clase de delitos y el Tribunal de jurados para aquellos castigados con pena superior a la de prisión mayor, pero mantuvo el principio inquisitivo y el carácter secreto del procedimiento en el período de instrucción, siguiendo el ejemplo de Francia y de otras naciones de Europa. Se observó esta manera de juzgar hasta el decreto del ministerio de Regencia de 3 de enero de 1875 que suspendió esa parte de la ley, al restablecer la legislación anterior. Este decreto produjo tal confusión por el distinto alcance que cada audiencia le daba, que por ley de 1878 se autorizó al Ministerio de Gracia y Justicia para que previa consulta con la Comisión de Códigos, publicara una compilación en la que se refundieran las disposiciones vigentes reguladoras del procedimiento criminal. Esta compilación no satisfizo a nadie, pues hizo retroceder nuestra legislación a los tiempos de la *Novísima Recopilación*. Por decreto de 1880 se procedió a hacer una nueva compilación que volvió las cosas al estado que debían tener.

Siendo Ministro de Gracia y Justicia el eminente jurisconsulto don Manuel Alonso Martínez se promulgó en 14 de Septiembre de 1882, la vigente Ley de Enjuiciamiento criminal, en la que se establece la publicidad del sumario, cuando no perjudica a la instrucción, el sistema acu-

17 Con anterioridad tenemos el proyecto de Código de Procedimiento Criminal redactado por Ortiz de Zúñiga (1854) y presentado a la Comisión Codificadora, y el proyecto de bases para la reorganización de los tribunales y de enjuiciamiento criminal de 1865.

satorio y el juicio oral y público para toda clase de delitos. Esta ley, a pesar del tiempo transcurrido, se sigue considerando como modelo —quizá con algunas exageraciones— del proceso de tipo acusatorio y es objeto de críticas favorables en su conjunto.¹⁸ Claro es que existen aspectos parciales en los que sería de desear una reforma; pero la orientación general y el tipo procesal que establece la mantienen a la altura del sistema procesal inglés, prototipo del sistema acusatorio.

Consecuencia de la publicación de esta Ley fué la necesidad de reformar la organización y atribuciones de los tribunales de Justicia penal por la ley adicional a la orgánica del Poder judicial.

Por último, en ley de 1888 se introdujo el Jurado¹⁹ para ciertas clases de delitos y por ley de 5 de Agosto de 1907 se repuso la justicia municipal.

La historia del proceso penal en España, como la del europeo, se puede resumir en las siguientes conclusiones:

1º Toda la historia del proceso penal es una lucha constante por el predominio de los sistemas acusatorios, primero históricamente, e inquisitivo, en sus distintas modalidades y transformaciones.

2º Las normas procesales están íntimamente ligadas con la idea de la organización política existente en cada momento histórico.²⁰

18 Véanse los juicios que al respecto hace el Prof. James Goldschmidt, *Problemas políticos y jurídicos del proceso penal*. Barcelona 1935.

19 Esta institución del Jurado se establece en España para los delitos de imprenta por ley de 1820.

20 Véase al efecto Giuseppe Salvioi, *Storia della procedura civile e criminale*. Milano I. 1925; II, 1927, así como las obras de mis maestros James Goldschmidt, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Barcelona, 1935; y Francisco Becña, *Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928.