

TEORÍA
GENERAL
DEL PROCESO

2

Omar A. Benabentos



editorial Juris



© Copyright by
EDITORIAL LIBRERÍA JURIS
de Luis Maesano

Moreno 1580 / S2000DLF Rosario
Telefax: 0341-4267301/02
República Argentina
editorialjuris@arnet.com.ar
libreriajuris@arnet.com.ar
www.editorialjuris.com

Esta edición se terminó de imprimir
en los talleres gráficos "Santa Fe",
en Rosario, julio de 2005.

Hecho el depósito que marca la ley 11.723.
Derechos reservados.
Prohibida su reproducción total o parcial.

Impreso en Argentina
Printed in Argentina.

edición rústica.
ISBN: 950-817-260-6
ISBN obra completa: 950-817-170-7

Benabentos, Omar Abel
Teoría general del proceso 2 - 1a ed. - Rosario : Juris, 2005.
216 p. ; 21x15 cm.

ISBN 950-817-260-6

1. Derecho Procesal I. Título
CDD 347.05.

Fecha de catalogación: 04/07/2005

PRÓLOGO A LA SEGUNDA MONOGRAFÍA

Como se había explicado al iniciar la serie monográfica "Teoría general del Proceso" se pretende por medio de la misma desarrollar bibliográficamente los temas centrales de la asignatura Teoría general del Derecho Procesal Civil.

Reiteramos que el destinatario natural de estas enseñanzas es el alumno que cursa la carrera de abogacía y, en especial, quien debe afrontar el tránsito por el Derecho Procesal. Quienes hace décadas venimos enseñando en las aulas universitarias la materia advertimos que a la complejidad intrínseca con la que se enfrenta el alumno en temas para los cuales no tiene ningún arsenal teórico previo, por caso la acción, el proceso y la jurisdicción. Se suma a este dato la mínima experiencia en la práctica sobre el litigio. Finalmente, se le adiciona otro hecho que agiganta sus dificultades: es escasa la bibliografía que tiende a exponer docentemente y en un nivel de comprensión que les sea asequible las unidades que integran el contenido curricular de la asignatura.

Por las razones antes expuestas me ha parecido imprescindible desarrollar en esta segunda entrega el análisis de los distintos sistemas de procesamiento como se fueron sucediendo en el curso de la historia.

Entender cómo se procesó y juzgó en el pasado y cuántos

les son las ideas teóricas y las prescripciones de los códigos procesales vigentes en la actualidad en la región, ayudará al lector a la comprensión sobre el funcionamiento de los sistemas procesales contemporáneos y el papel que asume el órgano jurisdiccional en los estados de derecho Iberoamericanos en estos albores del siglo XXI.

Sin más preámbulos, comienzo, entonces, con el desarrollo de las distintas unidades que integran la presente entrega.

Omar A. Benabentos

ÍNDICE GENERAL

<i>Prólogo a la segunda monografía</i>	I
Capítulo I	
LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y PENAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL	1
1. <i>Introducción. El estudio histórico de los sistemas de enjuiciamiento</i>	3
2. <i>Metodología adoptada en la reseña histórica</i>	6
3. <i>La transferencia del poder del individuo a favor de la sociedad jurídicamente organizada</i>	7
4. <i>El derecho germano antiguo. Sus notas salientes</i>	9
4.1. <i>Inexistencia de la separación entre infracciones civiles y penales</i>	10
4.2. <i>Modos de solución de los conflictos</i>	11
4.2.1. <i>Rasgos acusatorios privados en el derecho germano. Carácter público del proceso. Tribunal popular. Fallo inimpugnable. El duelo</i>	12
4.3. <i>Caracteres principales del procedimiento judicial germano</i>	13
4.4. <i>Del sistema acusatorio (en cierto modo garantista) al autoritarismo procesal</i>	16
4.5. <i>El período franco en el derecho germano antiguo</i>	16
4.6. <i>La Alta Edad Media en el sistema germano de enjuiciamiento</i>	17

4.7. <i>El ocaso de la vida independiente del derecho germano</i>	18
4.8. <i>Resumen de los caracteres del derecho germano y su procedimiento</i>	18
5. <i>El derecho griego y su sistema procesal</i>	19
5.1. <i>Sistema acusatorio privado</i>	20
5.2. <i>La persecución pública</i>	21
5.3. <i>El Tribunal</i>	21
5.4. <i>Principales rasgos del procedimiento griego</i>	22
5.5. <i>Resumen de las características del sistema de enjuiciamiento en la Grecia antigua</i>	25
6. <i>El derecho romano y su sistema de enjuiciamiento</i>	26
6.1. <i>La ausencia de una auténtica división de poderes en el derecho romano</i>	27
6.2. <i>La publicidad en el proceso romano</i>	28
6.3. <i>Valoración positiva del Derecho Procesal romano durante la República</i>	31
6.4. <i>Transformaciones durante el Imperio Romano</i>	32
6.5. <i>El ocaso del sistema acusatorio romano y la introducción del germen inquisitivo</i>	33
7. <i>Caracteres esenciales del Derecho Procesal Civil romano</i>	35
7.1. <i>El sistema ordinario</i>	37
a.1) <i>Etapa in iure</i>	38
a.2) <i>La etapa in iudicio</i>	39
a.3) <i>Descripción de un proceso bajo la fórmula de las legis acciones</i>	40
7.2. <i>El procedimiento formulario</i>	42
7.2.1. <i>Diferencias entre el procedimiento de la legis acciones y el procedimiento formulario</i>	43
7.3. <i>El procedimiento extraordinario</i>	49
7.4. <i>El arbitraje en Roma</i>	51
7.5. <i>Simbiosis entre el proceso romano y el germánico</i> ...	52
7.6. <i>El proceso en el derecho foral y el derecho indiano</i>	54

8. <i>Conclusiones en este tramo. El derecho que heredamos en Latinoamérica</i>	57
9. <i>Breves reflexiones finales sobre los sistemas inquisitivo y neo-inquisitivo de procesamiento</i>	58
10. <i>Conclusiones</i>	60
<i>Bibliografía utilizada</i>	63

Capítulo II

EL SISTEMA DE PROCESAMIENTO INQUISITIVO	65
1. <i>Introducción al estudio del sistema de procesamiento inquisitivo</i>	67
2. <i>El nacimiento del sistema inquisitorial. El poder de los señores feudales. El surgimiento de los Estados Monárquicos. El papel de la Iglesia Católica. La concentración del poder</i>	69
3. <i>La recepción del derecho romano imperial. Causas de su imposición</i>	70
4. <i>El ámbito del enjuiciamiento penal canónico</i>	72
5. <i>La abolición del proceso acusatorio. La reafirmación del sistema inquisitivo. Principales directrices</i>	74
6. <i>El nacimiento de la Inquisición en España</i>	77
6.1. <i>Características propias de la Inquisición Española</i>	78
6.1.1. <i>El descontento de los "cristianos viejos"</i>	79
6.1.2. <i>El establecimiento de la jurisdicción inquisitorial en los reinos de España</i>	80
6.2. <i>La Inquisición en América</i>	81
6.2.1. <i>La creación de los tribunales de la Inquisición en América</i>	82
6.2.2. <i>Intento de crear un Tribunal de la Inquisición en la Argentina</i>	83
6.3. <i>El lento ocaso de la Inquisición Hispanoamericana</i>	84

7. <i>La ordenanza Carolina y el derecho inquisitivo alemán</i>	85
7.1. <i>Síntesis del sistema de enjuiciamiento previsto por la ordenanza Carolina</i>	90
8. <i>La decadencia del sistema inquisitivo en Alemania</i>	94
9. <i>Conclusiones sobre el desarrollo del sistema procesal en Alemania</i>	96
10. <i>El Derecho inquisitivo francés. La ordenanza criminal francesa de 1670</i>	97
11. <i>Comparación entre los sistemas inquisitivos de Alemania y Francia</i>	100
12. <i>El Sistema Inquisitivo en Italia</i>	101
13. <i>El pensamiento Iluminista y su influencia en el fin del sistema inquisitorial</i>	103
14. <i>Fin de la Inquisición en España</i>	106
15. <i>La extinción del procedimiento inquisitorial en su forma "pura"</i>	107
16. <i>Conclusiones</i>	107
<i>Bibliografía utilizada</i>	111

Capítulo III

EL PROCEDIMIENTO INQUISITORIAL

1. <i>Introducción al estudio del procedimiento inquisitorial. Razón de ser del mismo</i>	115
1.1. <i>Etapas históricas de la Inquisición</i>	116
1.2. <i>La Inquisición medieval y la "moderna" o renacentista</i>	117
1.2.1. <i>La Inquisición medieval</i>	117
1.2.2. <i>La Inquisición renacentista o moderna</i>	119
2. <i>Características principales del procedimiento inquisitorial</i>	120
a) <i>Iniciación del procedimiento de oficio</i>	120
a.1) <i>Etapa preparatoria</i>	122
a.2) <i>Fase indiciaria</i>	123

a.3) <i>Apertura del procedimiento</i>	124
b) <i>Ignorancia de los cargos que se formulaban al imputado</i>	125
c) <i>Limitaciones al derecho de defensa. Asistencia letrada inconsistente</i>	126
d) <i>Preparación deficiente de la defensa letrada</i>	128
d.1) <i>Reserva de la identidad de los testigos</i>	129
d.2) <i>Elementos insuficientes de la defensa para desacreditar los dichos de los testigos</i>	129
e) <i>La tortura usada como método para obtener la prueba principal del procedimiento inquisitorial: la confesión del acusado</i>	131
f) <i>La sentencia</i>	134
f.1.) <i>Modalidades de la sentencia</i>	136
f.2) <i>Formas y finalidades asumidas por la pena al considerado culpable</i>	137
2.1. <i>Los "autos de fe". El horror</i>	144
2.1.1. <i>Descripción de otro acto de fe</i>	151
3. <i>El ocaso de la Inquisición. El pensamiento ilustrado. El reverdecer neo-inquisitivo</i>	153
4. <i>Conclusiones</i>	157
<i>Bibliografía utilizada</i>	161

Capítulo IV

EL REVERDECER NEO-INQUISITIVO DEL SIGLO XX

1. <i>Los regímenes políticos autoritarios y su responsabilidad en el reverdecer neo-inquisitivo del siglo XX</i>	165
2. <i>La visión sobre el autoritarismo procesal brindada por el procesalista italiano Franco Cipriani</i>	169
3. <i>El autoritarismo procesal del siglo XX en la palabra de Juan Montero Aroca</i>	172

4. <i>La neo-Inquisición procesal en el estudio realizado por Adolfo Alvarado Velloso</i>	176
<i>Posición y evolución del problema de la reforma</i>	181
<i>El Juez y la Ley</i>	182
<i>El principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo</i>	185
<i>El sistema de las pruebas</i>	186
<i>La ley de Procedimientos Civil Soviética de 1979</i>	187
5. <i>Opiniones sobre la neo-Inquisición procesal del Siglo XX. El nacimiento de su opuesto: El garantismo procesal</i>	190
6. <i>Reflexiones en este tramo</i>	202
7. <i>Conclusiones</i>	209
<i>Bibliografía utilizada</i>	213
<i>Bibliografía general</i>	215

Capítulo I

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO CIVIL Y PENAL EN LA HISTORIA DEL DERECHO PROCESAL

Sumario

1. Introducción. El estudio histórico de los sistemas de enjuiciamiento. 2. Metodología adoptada en la reseña histórica. 3. La transferencia del poder del individuo a favor de la sociedad jurídicamente organizada. 4. El Derecho Germano Antiguo. Sus notas salientes. 4.1. Inexistencia de la separación entre infracciones civiles y penales. 4.2. Modo de solución de los conflictos. 4.2.1. Rasgos acusatorios privados en el derecho germano; carácter público del proceso; tribunal popular; fallo inimpugnable; el duelo. 4.3. Caracteres principales del procedimiento judicial Germano. 4.4. Del sistema acusatorio (en cierto modo garantista) al autoritarismo procesal. 4.5. El período franco en el derecho Germano Antiguo. 4.6. La Alta Edad Media en el sistema germano de enjuiciamiento. 4.7. El ocaso de la vida independiente del derecho germano. 4. 8. Resumen de los caracteres del Derecho Germano y su procedimiento. 5. El derecho Griego y su sistema procesal 5.1. Sistema acusatorio privado. 5.2. La persecución pública. 5.3. El Tribunal. 5.4. Principales rasgos del procedimiento griego. 5.5. Resumen de las características del sistema de enjuiciamiento en la Grecia antigua. 6. El Derecho Romano y su sistema de enjuiciamiento. 6.1. La

ausencia de una auténtica división de poderes en el Derecho Romano. 6.2. La publicidad en el proceso romano. 6.3. Valoración positiva del Derecho procesal Romano durante la República. 6.4. Transformaciones durante el Imperio Romano. 6.5. El ocaso del sistema acusatorio Romano y la introducción del germen inquisitivo. 7. Caracteres esenciales del Derecho Procesal Civil Romano. 7.1. El sistema ordinario. a.1) Etapa *in iure*. a.2) La etapa in iudicio. a.3) Descripción de un proceso bajo la fórmula de las *legis actiones*. 7.2. El procedimiento formulario. 7.2.1 Diferencias entre el procedimiento de la *legis actiones* y el procedimiento formulario. 7.3. El procedimiento extraordinario. 7.4. El arbitraje en Roma. 7.5. Simbiosis entre el proceso romano y el germánico. 7.6. El proceso en el derecho Foral y el derecho indiano. 8. Conclusiones en este tramo. El derecho que heredamos en Latinoamérica. 9. Breves reflexiones finales sobre los sistemas inquisitivo y neo - inquisitivo de procesamiento. 10. Conclusiones.

1. Introducción. El estudio histórico de los sistemas de enjuiciamiento

Los juristas argentinos Julio Maier¹ y Alfredo Vélez Mariconde² han efectuado un estudio muy profundo sobre el nacimiento y evolución de los sistemas de enjuiciamiento en la historia del derecho. Su análisis abarca desde la antigüedad más remota hasta nuestro presente contemporáneo. En este capítulo reproduciremos –parcialmente– algunos de esos conceptos por considerarlos sumamente didácticos y, además, porque de esa investigación surge un dato muy significativo: demuestra cómo algunos de los métodos de juzgamiento que regían en épocas antiguas ostentaron rasgos más “civilizados” y “democráticos” si se los compara con el despótico modelo procesal que se instauró en el siglo XIII a partir, primero, de la irrupción de la *Inquisición* medieval y, luego –desde el siglo XV al XIX– con el advenimiento de la *Inquisición* renacentista.

Para el Derecho Procesal el arribo de la *Inquisición* marca un *hito funesto*: supuso un antes y un patético

¹ Maier, Julio, *Derecho Procesal Penal, 1B Fundamentos*, 2ª ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

² Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho Procesal Penal Tomo I*, Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1981.

después en el modo de juzgar a la personas que, lamentablemente, entre otras lacras, obtuvo un triste privilegio: quebrar a una institución de neta esencia republicana y que se había consolidado fuertemente en el pasado como lo fue la participación *popular* en la administración de justicia sustituyéndola por jueces técnicos (dato que no fue menor a la hora de forjar un nuevo modelo de juzgamiento “aristocrático”). En efecto, luego que sobrevino ese trágico “después” inquisitorial, los siguientes seis siglos quedaron teñidos de un cerrado oscurantismo ideológico que la “aristocracia judicial” se encargó de ahondar aún más. Además, esta experiencia “clasista” nos dejó otra amarga enseñanza: el grado al que puede elevarse la perversión humana cuando no se ejerce *control* sobre el que ejerce el “poder” (en este caso el “poder de juzgar”). Este desmadre lleva inexorablemente a la pérdida de las garantías más elementales del derecho de defensa en juicio de los litigantes. Es que cuando se le otorgan *poderes absolutos* a quienes pueden decidir sobre la vida, la libertad, la honra y el patrimonio de los seres humanos, sólo cabe augurar que los enjuiciados sufrirán toda suerte de padecimientos, injusticias y atropellos.

Así, fue connatural con la ideología del “sistema” que miles de inocentes en la Europa Continental y en Latinoamérica, después de una parodia de proceso, perdieran su vida bajo métodos tan crueles como la hoguera o el “garrote vil”; fueran confinados a las prisiones; al destierro; a trabajar en las galeras; a llevar de por vida un signo estigmatizante –como portar el “sambenito”–; sufrir la confiscación de todos sus bienes, etc.

Y todo ello por el simple hecho de atreverse a pen-

sar distinto sobre las prescripciones jurídicas impuestas por el poder de turno o alzarse contra la fe católica, cometiendo actos que –supuestamente– eran contrarios al orden legal imperante o a las reglas cristianas, mandatos estos impuestos, en definitiva, a sangre y fuego por la autoridad civil o la corporación eclesiástica.

Varios factores concurrieron para dar nacimiento y potenciar el fenómeno inquisitorial: el ambiente de fanatismo ideológico, la lucha por el poder absoluto encarada por los monarcas contra los señores feudales, el surgimiento de los Estados Nacionales, la rigidez del dogma cristiano, que se propuso suprimir a todo movimiento o religión diferente a su credo. Estas fueron algunas de las causas (no taxativas, sino ejemplificativas) que crearon las condiciones necesarias para desatar el horror.

Si bien las ideas *iluministas* surgidas en el siglo XIX restablecieron el respeto por la dignidad de la persona humana y acabaron, por fin, con este estigma que tuvo que soportar la humanidad, aún así, y luego de la extinción “oficial” de la fórmula inquisitorial pura la influencia negativa de muchas de sus ideas sigue *instalada* en la cultura jurídico - procesal contemporánea. Da fe de lo expuesto la *vigencia* de ciertas directrices centrales del modelo presentes en el procesalismo actual (por caso, la *búsqueda de la verdad real* y el casi exclusivo *monopolio Estatal* en la persecución de los ilícitos penales). Estos datos autorizan a sostener que la Inquisición –en una versión más civilizada pero igualmente *peligrosa*– dista mucho de haber *desaparecido* del escenario procesal. En todo caso, se ha extinguido, reitero, el proceso inquisitivo *clásico* pero sus herederos

naturales: los sistemas de procesamiento *mixtos* (con frondosos *aportes* de aquél método) demuestran que el pesado legado de autoritarismo que hemos heredado –luego de su “defunción oficial”– sigue gozando de buena salud en las codificaciones procesales del siglo pasado y el presente.

La profundización del análisis sobre el sistema inquisitivo quedará diferida, para los dos próximos capítulos.

2. Metodología adoptada en la reseña histórica

Maier y Vélez Mariconde proponen una ojeada histórica que, según sus términos, no aspira a ser más que un *pantallazo* sobre los principales sistemas de enjuiciamiento del pasado. La exposición no sigue con estrictez *cronológica* las etapas de esos sistemas conforme aparecieron en el mundo jurídico. La causa de esta alteración tiene una explicación coherente: agrupar los métodos de realización penal y civil según la homogeneidad estructural que exhibían, demostrando, por caso, cómo se reprodujo –en distintas épocas– el modelo *acusatorio*, formato que tuvo vigencia en el derecho germano antiguo; en el griego y en las etapas democráticas del derecho romano.

A la par, estudiar en conjunto la historia del proceso penal y civil tiene su lógica: en la antigüedad, el diseño del proceso penal fue *similar* al utilizado en el proceso civil ya que por entonces no se establecieron diferencias sustanciales en el modo de procesar y juzgar los distintos conflictos aunque la índole de los mismos proviniera de ilícitos penales o cuestiones civiles. Cuando el modelo jurídico adoptado para tramitar ambos pro-

cesos logró *diferenciarse* con más nitidez –como aconteció en el derecho romano– me impuse su tratamiento diferenciado marcando las peculiaridades propias de los mismos.

Por último, el examen de los distintos sistemas judiciales antiguos despierta interés porque nos demuestra cómo el hombre fue concibiendo los modelos de juzgamiento en directa correspondencia con el entorno *político* imperante. Así, podrá apreciarse cómo las distintas formas *democráticas* o *autocráticas* asumidas por el poder político de turno *influyeron* de un modo decisivo en la construcción de los sistemas procesales marcando, en el primer caso, tendencias claramente *garantistas* y, en el segundo supuesto, potenciando concepciones netamente *autoritarias*.

3. La transferencia del poder del individuo a favor de la sociedad jurídicamente organizada

La organización primaria de las sociedades antiguas marca la *transferencia* del poder penal –en realidad del poder de juzgar en general– que se opera, lenta pero paulatinamente, desde el individuo hacia la organización social³.

³ Preferimos utilizar el término “organización social” para referirnos a las formas asumidas por el “poder” ejercido por “las autoridades”, en el pasado remoto, ya que no me parece propio utilizar el vocablo “Estado, puesto que este término nos da la idea de una forma más evolucionada de la organización y distribución del poder que estaba ausente, en las comunidades antiguas.

Maier⁴ brinda las razones que justifican esa necesidad (pero también *peligrosa*) transferencia del poder individual hacia la colectividad: "...el ejercicio del poder es *transferido* desde la persona a la organización social en un intento válido por suprimir la venganza privada y para 'civilizar' la reacción penal. Pero también nos advierte sobre los *riesgos* que implica para el ejercicio de las libertades individuales la delegación de las facultades del individuo a favor de la organización social". "...Este hecho ha traído consigo el grave inconveniente de colocar en manos de la organización social el arma más poderosa que el Derecho concibe como medio de control social y medida *coactiva*, principal problema que se traslada hasta nuestros días..."

En el mismo sentido opina Stratenwerth: "...La representación de la sucesión histórica en las organizaciones políticas puede sintetizarse, esquemáticamente, comenzando por aquellas primitivas que *carecen* de un poder político central definido hasta arribar, primero, a las sociedades culturalmente avanzadas que lograron la formación de ese *poder político central* diferente de la reunión de las personas individuales (con capacidad política) que las constituyen, y, posteriormente, al *Estado moderno*, cuyo *poder político central* se organiza sobre la base de formas jurídicas muy rígidas, que suponen autorizaciones (facultades) y limitaciones para el ejercicio de ese poder..."⁵.

⁴ Maier, Julio, ob. cit., p. 22.

⁵ Stratenwerth, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, p. 87, traducción Enrique Bacigalupo, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1980.

Estudiaremos a continuación los hitos históricos más relevantes que fueron marcando esta *transferencia* del "poder" y que permitieron el "control jurídico" del individuo en las sociedades políticas y jurídicamente organizadas.

4. *El derecho germano antiguo. Sus notas salientes*

He decidido comenzar por el análisis del derecho germano antiguo, compartiendo con Maier que se dan en él "notas propias" muy interesantes y claras características del *sistema acusatorio*: iniciación del proceso por impulso privado, publicidad y oralidad en el debate, etc. Esta forma democrática y de celoso respeto por la *participación popular* se instaló, paradójicamente, en un pueblo que nunca logró el refinamiento jurídico que luego alcanzarían los romanos.

El derecho germano durante toda su vida independiente (antes de recibir la influencia del derecho extranjero) se mantuvo fiel a un modelo acusatorio. En Roma, en cambio, el sistema jurídico fue más "popular" o "aristocrático" según el régimen político imperante (monarquía, república o imperio).

Sin embargo, las fórmulas germanas no estuvieron exentas de errores: a la par de los rasgos "progresistas" antes apuntados convivieron en él mecanismos muy *primitivos*. Por caso, para conceder *la razón jurídica* a los litigantes se apelaba a actos míticos como las ordalías, los juicios de Dios, el combate físico, entre otros.

De todos modos, es importante rescatar que el proceso germano estuvo siempre libre o desligado de *prácticas inquisitivas*. Esa es otra de las razones por la que

Maier⁶ comienza con el estudio de ese sistema, aunque esta decisión lo lleva a no respetar una estricta cronología con la historia procesal.

Las notas que distinguen al derecho germano de la antigüedad permiten identificarlo como *acusatorio privado*.

Otra rasgo que lo diferencia es su fuerte sentido subjetivo, casi mágico, de la verificación *probatoria*. En esta dirección, el proceso estaba destinado a buscar la razón de alguno de los contendientes por signos *exteriores*. En otros términos: se desinteresaba de averiguar *–objetivamente–* sobre la verdad histórica del conflicto. Así, para demostrar la razón jurídica en el juicio se debía superar por quien afirmaba tener el derecho ciertas pruebas heroicas: la prueba del fuego; ser ganancioso en el duelo físico, demostrar la credibilidad de la propia persona que pretendía o resistía etc.

4.1. Inexistencia de la separación entre infracciones civiles y penales

El derecho germano antiguo no conocía nuestra actual *separación* entre infracciones civiles y penales.

“...Toda infracción era considerada como un *“quebranto de la paz comunitaria”*, perdiendo el infractor la *protección jurídica* de la comunidad, lo que implicaba para él la *“pérdida de la paz”*.

El infractor quedaba a merced de sus congéneres. Además, un número pequeño de infracciones (las más

graves), traían como consecuencia la *“pérdida de la paz en un sentido absoluto”*. El infractor quedaba expuesto frente a cualquier *integrante* de la comunidad, quién tenía el derecho de perseguirlo hasta *matarlo* (pérdida total de su personalidad jurídica).

Pero la regla general, para la gran mayoría de las infracciones, sólo autorizaba a la reacción del *ofendido* y su *parentela* o *tribu*, rasgo distintivo del derecho germano antiguo, lo que implicaba sólo una pérdida limitada de la protección comunitaria, de la paz o de su personalidad jurídica...⁷.

Estos datos me permiten insistir en el carácter *acusatorio / privado* con el que calificamos al antiguo sistema judicial germano.

4.2. Modos de solución de los conflictos

Para satisfacer el interés jurídico menospreciado, en una primera etapa, los germanos autorizaban a la víctima y/o a su familia a restablecer la paz mediante:

- a) el combate o la guerra
- b) la venganza familiar

Inicialmente, el derecho germano admitía que el conflicto jurídico podía ser resuelto de un modo *violento*. Pero pronto se tuvo conciencia de que esta modalidad, lejos de disolver la disputa individual, ponía en *peligro* a la propia coexistencia de los integrantes de la comunidad. Por puro instinto de conservación *–fuertemente arraigado en la especie humana–* se impuso natural-

⁶ Maier, Julio, ob. cit., p. 23 y sigs.

⁷ Maier, Julio, ob. cit., p. 24 y sigs.

mente la necesidad de concebir otras formas más *civilizadas* de solucionar los diferendos para restablecer la “paz comunitaria” quebrada por el conflicto. Nace, entonces, una primera variante racional de organización de la disputa: la *composición privada*, método que se explicará a continuación.

4.2.1. Rasgos acusatorios privados en el derecho germano. Carácter público del proceso. Tribunal popular. Fallo inimpugnable. El duelo

Lentamente, fue operándose una saludable evolución en la solución de los conflictos jurídicos, pasando del uso de la fuerza, al uso de la “fuerza de la razón” (juego de palabras a la que siempre apela Alvarado Velloso para explicar el nacimiento del proceso como forma civilizada de debate).

En los términos de Maier⁸ esa transformación se operó del siguiente modo “...del tipo de venganza física o declaración de guerra al ofensor y su familia se fue abriendo paso, progresivamente, una institución típica del Derecho germano: la *composición*. El ofensor, acordaba una *enmienda o reparación económica* con el ofendido, perfeccionando entre ambos un “contrato reparatorio” –que evitaba la venganza del ofendido– pagando una reparación en bienes. La expiación de su crimen se completaba con el pago del *precio* de la “paz” a la comunidad. Así, el agresor recuperaba su “protección jurídica”: en definitiva, su personalidad jurídica completa.

⁸ Maier, Julio, ob. cit., p. 24 y sigs.

En cambio, los crímenes *más graves* no eran susceptibles de expiar, ya que la pérdida de la protección comunitaria y de la personalidad jurídica era *absoluta y definitiva*, quedando a merced de la venganza y persecución de cualquiera de los integrantes de la comunidad...”.

4.3. Caracteres principales del procedimiento judicial germano

Para Maier⁹, “...el procedimiento judicial propiamente dicho cumplía un papel *secundario* o accesorio, pues sólo se llevaba a cabo cuando *fracasaba* la composición privada. Luego, la forma “*extrajudicial*” de componer los conflictos jugaba un papel preponderante. Sin embargo, de no arribarse a la composición fue posible, en tiempos posteriores, la reclamación *judicial* por el ofendido o su familia.

Allí comenzaba, en realidad, el verdadero proceso judicial, de *neto corte acusatorio*. Sus principales notas fueron las siguientes:

- 1) El derecho de persecución quedaba en *manos privadas*, sin que pudiera existir actuación judicial faltando el reclamo de parte interesada.
- 2) El proceso se iniciaba al *fracasar* la composición privada.
- 3) Existía un compromiso de subordinarse a la decisión judicial.
- 4) El proceso se iniciaba por *reclamo unilateral del ofendido o su familia*, citando al ofensor formalmente ante testigos a comparecer ante el tribunal.
- 5) El tribunal estaba compuesto por una *asamblea*

⁹ Maier, Julio, ob. cit., p. 24 y sigs.

popular integrada por personas “capaces para la guerra”, que sesionaba en lugares *abiertos*, es decir, públicamente, y era presidida por un juez, quien, además, dirigía el debate, pero *no fallaba*.

6) El procedimiento era *oral, público y contradictorio*, consistiendo en una verdadera “lucha por el derecho” entre ambos contendientes a la vista del tribunal -mero *espectador*- y mediante actos formales al extremo, llenos de sentido mítico. Así la fórmula acusatoria -iniciada por el acusador- que contenía palabras sacramentales y símbolos: representados, por caso, con el bastón en la mano que “invitaba” al acusado a la respuesta.

7) El acusado tenía sólo dos posibilidades:

- admitía la acusación
- o la negaba totalmente

8) Según se produjera una de estas dos alternativas, podía recaer inmediatamente la condena. Cuando se negaba la acusación se “abría la causa a prueba”. La *carga* de la misma se establecía por acuerdo de partes o, en su defecto, por sentencia condicional del Tribunal que fijaba por un lado, quién y cómo debía probar según la apreciación del derecho invocado y, además, el *resultado* que arrojaría el pleito si tenía éxito o fracasaba la prueba pedida.

9) La prueba no se dirigía a demostrar hechos objetivos, es decir, a establecer la *verdad* sobre la hipótesis objeto del proceso, ni tan siquiera a formar la *convicción* del tribunal sobre la responsabilidad o inocencia del acusado. Representaba un medio de *lucha* entre las partes, a través del cual, por actos *sacramentales*, cada una de ellas daba mayor fuerza a sus afirmaciones subjetivas sobre el derecho que invocaban.

10) Como consecuencia de este modo de entender la finalidad del proceso, el *juramento* de parte fue el principal medio de prueba, acompañado también por conjuradores, quienes no deponían sobre los hechos exteriores verificables sino sobre la fe que merecía el juramento de la parte.

11) También se practicaba *el duelo*, cuando el acusador impugnaba el juramento del acusado o como modo de *atacar* la proposición de la sentencia.

12) La sentencia era originariamente propuesta en forma de *proyecto* por los miembros del tribunal popular al juez director, encargado de requerir las propuestas luego, sólo un grupo de ellos discutía y formulaba la propuesta y, por último, sólo uno de los sentenciantes, que gozaba del respeto de los demás, la *proponía*.

13) La propuesta requería la *aprobación* de los miembros del tribunal por aclamación o mediante un movimiento, agitando las armas.

14) Como se trataba de un tribunal popular ella era *inimpugnabile*. Sin embargo, era posible *impugnar* la proposición de la sentencia antes de ser sometida a su aprobación, facultad que correspondía tanto a las partes, como a los miembros del tribunal.

15) Esta impugnación provocaba todo un trámite del impugnante contra quien formuló la propuesta, con un nuevo *procedimiento probatorio* que, de ordinario, culminaba en el *duelo* entre el crítico y su criticado.

16) La *victoria* en el duelo o la contienda se tomaba como el triunfo del Derecho: el duelo significaba, por otra parte, que los contendientes habían agotado el litigio por palabras para tomar la vía del *combate físico*.

4.4. *Del sistema acusatorio (en cierto modo garantista) al autoritarismo procesal*

De la forma “pura” en que nació y se desarrolló el sistema germano, insistimos, con marcados rasgos acusatorios, luego, por la decisiva influencia del *derecho extranjero* que impusieron los conquistadores romanos, se inicia un lento pero decidido camino hacia el *autoritarismo*. “...Por un lado, contribuye a ello una nueva forma en la concepción del procedimiento: comenzó a visualizarse al mismo como el método para reconstruir la verdad histórica del conflicto. Por el otro lado, ese sendero es el que, con sus marchas y contramarchas, va a culminar, después de mucho tiempo, en su lento desplazamiento y, luego, por su *sustitución* casi total por el derecho romano-canónico...”.

Este fenómeno político-jurídico que se conoce bajo el nombre de *recepción* –en lo que nos interesa– tuvo un triste privilegio: *implantó la Inquisición*, sistema de enjuiciamiento penal y civil del cual algunos de sus máximos exponentes legislativos surgieron en la Alemania del siglo XVI.

4.5. *El período franco en el derecho germano antiguo*

Conocido históricamente como el “*período franco*” del derecho germano, se desarrolló en él otra forma *distinta* de juzgamiento. Aunque no desterró la idea central de la “pérdida de la paz” –como efecto de la infracción– transformó parcialmente ese concepto, ubicándolo no ya como la pérdida de la paz de la comunidad, sino como

la pérdida de la “paz del rey”, concepción que estaba más acorde con la creciente y prestigiada organización *monárquica*.

“...El combate judicial pierde parcialmente su sentido de *venganza individual* hacia el ofensor y, a medida que transcurre el tiempo, adquiere un significado protector de la comunidad cada vez más acentuado. Lentamente, el acuerdo sobre la enmienda o conciliación se *transformó* en la obligación de enmendar, impuesta *externamente*. El Derecho del rey, como órgano responsable de la paz comunitaria, influye en la composición del tribunal y hasta en la persecución penal...”¹⁰.

4.6. *La Alta Edad Media en el sistema germano de enjuiciamiento*

En la primera parte de la Edad Media se sigue con la línea antes indicada y no se produjeron variaciones significativas en el procedimiento penal. Sin embargo, se introdujeron sutiles modificaciones que iban a tener consecuencias de cierta importancia: “...algunos cambios comienzan a detectarse: el principal se observa en el poder jurisdiccional. La *organización judicial*, debido al creciente *poder político* que adquieren las comunidades más pequeñas (locales) frente al reino y, más adelante, las ciudades, son las que comienzan no sólo con su formación, sino también con su hegemonía política y económica. A más de ello, se pone en evidencia la *división* entre el poder político y el poder de la Iglesia, ganando la jurisdicción eclesiástica un terreno considerable...”¹¹.

¹⁰ Maier, Julio, ob. cit., p. 26.

¹¹ Maier, Julio, ob. cit., p. 27.

En resumen, si bien la estructura del sistema germano de enjuiciamiento siguió siendo “*acusatorio privado*” y el juicio oral transitaba ante un órgano jurisdiccional colegiado que representaba al pueblo; el “edificio procesal” ya mostraba algunas *grietas*, producto de la tensión generada entre los distintos factores del poder y del choque de culturas diferentes, grietas por las que se fueron infiltrando las primeras *ideas autoritarias*.

4.7. *El ocaso de la vida independiente del derecho germano*

Así, la vida independiente del derecho germano y su sistema de enjuiciamiento fue extinguiéndose lentamente por la convergencia de distintas causas. En primer lugar, comenzó un largo período de asimilación del *derecho extranjero* que, inclusive, llega hasta la actualidad. Se concreta, lamentablemente, el abandono de un derecho que representaba una valiosa creación popular.

En segundo lugar, el arribo de la *Inquisición* impulsó un fenómeno común a toda Europa continental: la sustitución radical de la forma de procesar, juzgar y penar a las personas, con una drástica supresión de las formas democráticas o populares de resolver los conflictos civiles y penales.

4.8. *Resumen de los caracteres del derecho germano y su procedimiento*

Resumiendo con Maier¹² las principales características del enjuiciamiento penal germano (asimilable tam-

¹² Maier, Julio, ob. cit., p. 29.

bién al derecho civil, insisto, ante la *débil* separación que existía en el tratamiento de ambas infracciones), puede realizarse la siguiente síntesis:

- 1) Tribunal *popular*.
- 2) Persecución penal *privada* en manos del ofendido y su parentela.
- 3) *Publicidad y oralidad* del juicio en el que se enfrentaban el acusador y su acusado.
- 4) Sistema de prueba tendiente a dirimir *subjetivamente* la contienda en tanto erigía un vencedor, ya porque presentaba mejores testimonios de su fama u honor personal, o porque vencía en el duelo o combate judicial, o porque pasaba con fortuna ciertas pruebas (ordalías o juicios de Dios), métodos mediante los cuales la divinidad mostraba, por signos físicos fácilmente observables, la justicia del caso.
- 5) Decisión *inimpugnable*.

5. *El derecho griego y su sistema procesal*

Una breve síntesis de la cultura jurídica/procesal helénica muestra también rasgos propios y muy interesantes para destacar. Por lo pronto, adoptó el sistema *acusatorio privado*, signado por la oralidad y la presencia de tribunales populares.

Si bien admitió la tortura, su concreción sólo se produjo en casos aislados. Aún con esta contradicción, no puede sostenerse que su estructura fuera *inquisitiva*. El eje del sistema mostraba, por el contrario, un modo de juzgar *democrático y popular*.

El derecho griego –según ilustra Vélez Mariconde– supera la concepción privada del delito y se advierte

una mayor *separación* (aunque no su entera diferenciación) entre los ilícitos civiles y penales.

A su vez, los delitos penales se dividen en públicos y privados, según fuera lesionado un interés comunitario o individual.

5.1. Sistema acusatorio privado

El sistema de enjuiciamiento griego se caracterizó por introducir, para los delitos públicos, la *acusación popular*, que facultaba a cualquier *ciudadano* a perseguir penalmente al infractor. "...Conforme a su organización política, y como consecuencia de la concepción que el poder residía en la soberanía ciudadana, el régimen ateniense estableció la participación directa de los ciudadanos en la tarea de juzgar y de acusar.

Los delitos privados sólo permitían la persecución del *ofendido o sus sustitutos* (padre, tutor, amo).

El prestigio del régimen de persecución penal ateniense se debía, precisamente a su sistema de *acusación popular*, facultad acordada a cualquier ciudadano para perseguir en nombre del pueblo los delitos públicos. Correspondiente con este concepto se formula la división entre delitos públicos (los que interesaban al orden, la tranquilidad y la paz comunitaria) perseguibles, insistimos, por cualquier *ciudadano*, y delitos privados: los que afectaban sólo un interés privado, acusables sólo por *el ofendido*, sus padres, tutor o persona que lo tenía a su cuidado.

El ciudadano acusador debía depositar una suma de dinero; suma que, en definitiva, pesaba sobre el vencido y se repartía entre los jueces. El acusador tenía a su

cargo la actividad necesaria para reunir los elementos de *cargo* que presentaría en el debate.

Si el acusado era *absuelto* se procedía inmediatamente al examen del *comportamiento* del acusador: si la quinta parte de los jueces encontraba fundado su derecho de acusar no sufría ninguna pena, pero, si ello no ocurría, sufría penas graves...¹³.

5.2. La persecución pública

No obstante que el sistema *privado* era la fórmula de acusación principal existían delitos que, por su gravedad, admitían que fueran perseguibles *de oficio*. "...Algunas infracciones capitales, que ponían en peligro al mismo Estado, permitían al lado de la persecución ciudadana la prevención y denuncia de ciertos funcionarios que los investigaban y denunciaban al Senado o a la Asamblea del pueblo. Esta, a su vez, designaba un ciudadano para tomar a su cargo la acusación y radicaba el caso ante uno de los tribunales..."¹⁴.

5.3. El Tribunal

La composición del Tribunal también posibilitó la intervención directa del *pueblo*, no sólo en la posición de acusar sino también en la tarea de juzgar: "...La Asamblea del pueblo reunía el pleno poder de juzgar; era depositaria del *poder soberano*, pero raramente lo ejercía en forma directa, limitándose a ordenar la per-

¹³ Maier, Julio, ob. cit. 1 B, p. 31.

¹⁴ Maier, Julio, ob. cit. 1 B, p. 31.

secución ante los *Heliastas* u otro tipo de tribunales (había Tribunales de distinta conformación según la competencia atribuida a cada uno).

Sólo juzgaba en forma *directa* aquellas infracciones de suma importancia política, donde estaba en juego el “interés” de la República...”¹⁵.

5.4. Principales rasgos del procedimiento griego

El procedimiento griego variaba notablemente según el tribunal competente que interviniera:

- Así, la “*Asamblea del Pueblo*” dejaba de lado las formas y las garantías del procedimiento común en aras de la importancia política del problema.

- El *Areópago* sesionaba de noche y con formas misteriosas –míticas– que impresionaban al pueblo, restringiendo los debates al análisis de los hechos y votando en secreto.

- El procedimiento *común*, en cambio, era practicado por los “*Heliastas*”.

- En los delitos públicos, quien asumía el papel de acusador producía su acusación ante un *arconte*, quien se encargaba de juzgar la seriedad y formalidad de la acusación, conforme a los elementos de prueba que ella portaba.

- Si el *arconte* la admitía, tomaba juramento al acusador y recibía la caución, elementos que aseguraban que no abandonaría el procedimiento hasta la decisión del tribunal. Además, designaba el tribunal y los jueces que lo componían y les tomaba también juramento, convocándolos para el día del juicio público.

¹⁵ Maier, Julio, ob. cit. 1 B, p. 31.

- El plazo entre estos actos y el juicio no excedía de un mes, durante el cual el *acusador* se preparaba, realizando él mismo –sin publicidad para el acusado– su propia instrucción del caso, para presentarlo ante el tribunal.

- Durante ese plazo, el acusado era traído o citado ante el *arconte* para su primer comparecencia a fin de asegurar su presencia en el debate, convocarlo a él, escucharlo sobre su posición frente a la acusación y sobre la necesidad de concederle un plazo para preparar su defensa; prestaba juramento de *comparecer* e, incluso, de *decir verdad*.

- El día de la *audiencia* los jueces se reunían en la plaza pública y en presencia del *pueblo*.

- Se leía la *acusación* con todas las piezas que la avalaban y la sucedía el debate entre acusador y acusado. Cada uno de ellos disponía de un tiempo limitado en el que exponía sus razones e interrogaba a sus testigos, previamente juramentados, intentando fundar sus conclusiones.

- La testimonial integraba las alegaciones de cada uno de ellos y los testigos debían remitir antes por escrito sus deposiciones.

- Se practicó en ciertas ocasiones *la tortura*, especialmente con los *testigos*, a quienes se sometía al tormento para averiguar la verdad.

- *La tortura* pareció primero reemplazar al juramento para los esclavos, que en esa concepción no eran dignos de testimoniar. Se interrogaba por el acusador a los esclavos del acusado bajo tormento. También la tortura, si bien en menor medida, alcanzó a los hombres “dignos y libres”.

- Se practicaron *ordalías* o *juicios de Dios*, como los

del agua hirviendo o el hierro candente, con la misma pretensión con la que siglos más tarde la usaron los germanos: que la divinidad señalara, por signos exteriores, la razón.

- Después de los alegatos de las partes los jueces eran convocados a juzgar, esto es, a depositar su voto para formar la decisión. No podían *postergar* la decisión y debían dictarla antes de la caída del sol.

- En primer lugar, el fallo trataba la *culpabilidad* –condena o absolución– y se pronunciaba depositando conchas, guijarros o habas blancas y negras en urnas de donde el presidente las extraía y contaba.

- La mayoría de habas negras significaba condena, la mayoría de habas blancas o la igualdad con las negras, la absolución.

- Si recaía fallo de *culpabilidad* se pasaba inmediatamente a votar la pena “por tablas”, que también se depositaban en la urna y que indicaban la naturaleza y extensión de la misma.

- La pena se ejecutaba de *inmediato*, entregando al condenado a los magistrados encargados de ello, si se trataba de pena de muerte o corporal.

- Para la pena de *multa*, un agente del tesoro público intimaba al condenado a pagar dentro de los once días que seguían al de la sentencia; si no lo hacía, se transformaba la pena en prisión perpetua.

- En caso de absolución se decidía acerca del *comportamiento* del acusador pudiendo este quedar sometido a distintas penas.

- Existía el juzgamiento en *contumancia* (rebeldía). Si el acusado no se presentaba su culpabilidad se presumía y se dictaba sentencia.

- Hasta los diez días posteriores a ella, el acusado gozaba de la facultad de presentarse y *anular* el juicio, iniciándose un nuevo juicio si se daban los presupuestos para su anulación.

Después de los diez días, la decisión obtenida en rebeldía quedaba firme y era ejecutable.

- Como se trataba de un tribunal popular, que representaba la soberanía del pueblo, su sentencia era *irrecurrible*¹⁶.

5.5. Resumen de las características del sistema de enjuiciamiento en la Grecia antigua

El Derecho Procesal griego puede caracterizarse en forma muy resumida de la siguiente manera:

1) *Tribunal popular*, conforme el principio de soberanía del pueblo.

2) *Acusación popular*, por la facultad acordada a cualquier ciudadano para presentar querrela contra la persona a quien creía autor de un delito público o partícipe en él;

3) *Igualdad entre acusador y acusado*, quien, de ordinario, permanecía en *libertad* durante su juzgamiento;

4) *Publicidad y oralidad* del juicio, que se resumía en un debate contradictorio entre acusador y acusado, frente al tribunal y en presencia del pueblo;

5) Admisión de la *tortura en casos excepcionales y de los juicios de Dios* como medios de realización probatoria;

6) Valoración de la prueba según *la íntima convicción de cada uno de los jueces*, quienes votaban a favor

¹⁶ Maier, Julio, ob. cit., p. 33.

o en contra depositando un objeto que daba a conocer el sentido del sufragio;

7) Decisión popular *inimpugnabile*.

6. El derecho romano y su sistema de enjuiciamiento

El derecho romano arrojó un producto jurídico mucho más *refinado* que los sistemas legales que lo precedieron. El estudio del derecho en Roma proporciona por su extensión en el tiempo y por las diferentes formas de organización política que se sucedieron, un ejemplo muy valioso acerca de las transformaciones que sufre el modelo de enjuiciamiento penal y civil cuando queda sujeto a los impulsos de la ideología política imperante.

Aquí, ya encontramos formas *diferenciadas* en el juzgamiento penal y civil de las infracciones, mereciendo un estudio *separado* de ambos modos de procesar y juzgar.

En primer lugar, continuando con el método expositivo adoptado, nos ocuparemos del modo de juzgar las *infracciones penales*.

Según Vélez Mariconde: "... en el sistema romano, los cambios no son bruscos o revolucionarios sino, por el contrario, resultaron el producto de una lenta y paulatina transformación de las instituciones: *Monarquía, República e Imperio* que no traducen divisiones tajantes de los sistemas de enjuiciamiento penal al compás de cada organización política. El cambio de una a otra se opera gradualmente penetrando el "antiguo sistema" a las instituciones posteriores y adquiriendo el "nuevo sistema" vigencia luego de un lapso mas o menos prolongado. Al comienzo, ese cambio tiene el carácter de excepción frente al anterior, como intento natural de

subsancar deficiencias de la antigua fórmula o según las necesidades propias de la nueva organización política, terminando el nuevo modelo, a la postre, por *imponerse y ordinarizarse*.

El derecho romano conoció, como el derecho griego, la clásica *división* entre delitos públicos y privados. Los últimos eran perseguidos exclusivamente por *el ofendido o sus representantes o sustitutos* y el procedimiento no difería de aquel que se utilizaba para los litigios del derecho privado; pero, al parecer, este procedimiento, y su correspondiente sistema de acusación, sólo se conservó, en definitiva, para el delito de injurias o para las acciones por adulterio o en los casos de suposición de parto...¹⁷.

6.1. La ausencia de una auténtica división de poderes en el derecho romano

Como en todos los pueblos antiguos, la administración de justicia no era más que una de las tareas de la *administración general del Estado*; cualquiera que fuese la forma que ella asumió, nunca se concibió a la administración de justicia como algo *separado* de la administración general, criterio que ahora es regla entre nosotros.

Pero hay un rasgo que marca el alto estadio alcanzado por la juridicidad romana. Por primera vez en el derecho de la antigüedad se dejan de lado para resolver el conflicto y dar la razón a alguno de los litigantes, las *ideas mágicas o simbólicas* (ordalías, pruebas de fe, etc.). "...El Derecho Procesal Penal romano (también el civil) incorpora definitivamente como meta del pro-

¹⁷ Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 33 y sigs.

cedimiento la *averiguación objetiva de la verdad histórica*, mediante *medios racionales* que pretendían *reconstruir*, dentro del procedimiento y como fundamento del fallo, un acontecimiento histórico, hipotéticamente ya sucedido, que se atribuía al acusado.

Se rompe, de esa manera, la concepción del procedimiento como método de lucha y la finalidad de la prueba dirigida a obtener, antes que la verdad de lo sucedido, la razón de alguno de los contendientes mediante signos exteriores por los que la divinidad se pronunciaba a favor de uno u otro.

Puede decirse, por ello, que el derecho romano desmitificó –secularizó– la persecución penal y, obviamente, significó una *superación* a la hora de conceder la “razón jurídica” a quienes se la disputaban...”¹⁸.

6.2. La publicidad en el proceso romano

La *publicidad* del proceso romano fue otra característica principal del mismo, por lo menos a partir de la instauración de la *República*. Este carácter de público perduró hasta los últimos tiempos del *Imperio* a pesar de que por las necesidades políticas de esta última época se introdujeron modificaciones profundas que tendían a *abolir* a esa institución republicana.

Pero, volviendo a la época más democrática del sistema judicial romano, como lo enseña Vélez Mariconde, el panorama fue el siguiente “...En las postrimerías de la República una nueva transformación, ya no de ca-

¹⁸ Maier, Julio, ob. cit., p. 35.

rácter excepcional sino permanente, termina por *liberalizar y democratizar* el enjuiciamiento penal romano.

La transformación conduce a una nueva *limitación* del poder penal del Estado y es total: cambia de manos el poder de decidir (jurisdiccional) y el de requerir, que se traslada de las manos del magistrado a las del *ciudadano* para convertir su ejercicio en popular y un nuevo procedimiento, regulado por ley, reemplaza el arbitrio –estatal o popular– por un sistema normativo.

El poder jurisdiccional se transforma al instituirse *los jurados*, a quienes se confió su ejercicio bajo la presidencia de un magistrado, órgano público encargado de convocarlo.

La necesidad de delegar el poder jurisdiccional de las grandes asambleas en tribunales reducidos, también populares, debido al número de asuntos a tratar y al triunfo del sistema *acusatorio* de enjuiciamiento penal, determinó el carácter de permanentes que adquirieron estos cuerpos judiciales, creados en un comienzo como extraordinarios para casos particulares.

También la persecución penal pública se traslada de las manos del *magistrado* a las del *ciudadano*, lo que constituye la nota fundamental del nuevo sistema (acusatorio).

El régimen penal romano concebía al delito como un “atentado a las condiciones mínimas de coexistencia de la comunidad” y, por lo tanto, facultaba para perseguir penalmente a aquellos que resultaran directamente *ofendidos* por el comportamiento impugnado, según sucedió siglos más tarde en el derecho germano, pero, a diferencia del mismo, erigía un *representante* libre de la comunidad, entre sus propios miembros, a la manera del sistema acusatorio griego.

Se trataba, así, de un sistema de *acusación popular*, según el cual cualquier ciudadano ejercía la facultad (poder) de perseguir penalmente, ejercicio que, por lo demás, condicionaba el deber de decidir en materia penal.

Vélez Mariconde marca la siguiente paradoja provocada dentro del sistema de acusación popular: "...al confiar la persecución penal a cualquier *ciudadano* como representante de la comunidad, esto no supuso una panacea para obtener eficacia en la persecución penal; por el contrario: traía como necesaria consecuencia la *impunidad* de los delitos que no encontraban "eco" en la persecución penal popular. Este defecto contribuyó a aumentar y fortalecer, más bien que a disminuir, la represión de los delitos por parte del *Estado*.

Es cierto que transformarse en acusador otorgaba "honor" al cargo que representaba y era una "oportunidad política" de exhibirse como merecedor de cargos públicos, atento a la escuela de oratoria y jurisprudencia que su ejercicio representaba. Debido a ello, no eran pocos los casos en que varios ciudadanos pretendían acusar (algunas veces sin mayor fundamento) por las "retribuciones" (de distinta índole) que significaba asumir esta posición.

De allí que el procedimiento regulara, es decir, tomara recaudos en la elección del *acusador* que, en principio (salvo abandono), asumiría a su cargo la función de perseguir penalmente.

Pero salvo el "prestigio político" que el ejercicio de la función de acusador traía aparejada, como eficaz medio de introducción a los cargos públicos, no parecen haber existido más "*premios*", que los antes enunciados para quienes asumían con éxito la función requirente. Por

el contrario, el acusador respondía penalmente por el mal ejercicio de su función.

Su responsabilidad derivaba de tres tipos de comportamientos diferentes: la más leve correspondía al desistimiento infundado de la acusación y, las dos más graves, consistían en el acuerdo *doloso* con el acusado para sustanciar una causa favoreciendo el fallo absolutorio y en la falsa imputación de un delito (calumnia).

En el primer caso, la sanción se fundaba no sólo en el desgaste jurisdiccional y en los perjuicios irrogados al acusado, sino también en que el *abandono* del procedimiento por el acusador impedía la persecución penal.

El desistimiento debía *justificarse* suficientemente.

El acusado, a quien se le comunicaba el abandono, podía *no aceptarlo* y requerir la prosecución del procedimiento hasta la sentencia definitiva, la que, de ser absolutoria le permitía intentar la calumnia. La calumnia presupone el fallo absolutorio pero sólo comprendía aquellas acusaciones emprendidas con conocimiento de la falsedad de la imputación...¹⁹.

6.3. Valoración positiva del derecho procesal romano durante la República

El procedimiento acusatorio romano quedó sometido a reglas y principios jurídicos que reemplazaban a la *arbitrariedad* para dar paso a la *seguridad y equidad* y tuvo un pilar fundamental en el sistema que adoptó para regular la función requirente en el procedimiento penal (con una incipiente pero paulatina ingerencia Estatal).

¹⁹ Maier, Julio, ob. cit., p. 35.

Además, revolucionó el concepto probatorio "...En el sistema de prueba se observa uno de los principios fundamentales que incorpora el derecho romano y subsiste hasta nuestros días: desaparece el sentido *subjetivo*, mítico, de la prueba, como medio por el que la divinidad demostraba por signos exteriores la "razón" de uno de los contendientes. También reemplazó al "combate judicial" para dar paso al *conocimiento objetivo / histórico*. Por último, le dio a la prueba el sentido de *reconstrucción histórica* de un acontecimiento por los rastros que él había dejado en el mundo.

Se valoraban los medios de prueba según la *íntima convicción* de los jueces que expresaban por medio de la votación su decisión, como corresponde a todo tribunal de jurados..."

6.4. Transformaciones durante el Imperio Romano

Otra nueva transformación del sistema de enjuiciamiento penal acaece durante el Imperio "...acorde con las necesidades del nuevo régimen político que al variar la fuente de la soberanía —antes la ciudadanía, ahora el emperador— modifica también la residencia de las funciones estatales. Al radicar la soberanía en el poder del emperador y no en el pueblo la ciudadanía debió abandonar necesariamente su función representativa de la comunidad a manos del emperador y sus delegados.

Ello modificó la composición de los tribunales y el ejercicio de la función de perseguir penalmente, ambas ahora en manos de los funcionarios estatales, que desplazaron a los ciudadanos en el ejercicio de la función judicial en materia penal. Al lado de este cambio políti-

co profundo, y quizás por él, dos acontecimientos (de signo contrario) terminaron por convertir en ruinas el régimen de persecución penal privado que había establecido la República romana.

a) La extensión de la facultad de perseguir penalmente a un número cada vez mayor de personas trajo consigo el crecimiento extraordinario de *acusaciones infundadas*, debidas a un mal entendido sentimiento de venganza y provocó una serie de *abusos* y conflictos que no pudieron ser contrarrestados a pesar de las crecientes amenazas para los que ejercieran abusivamente el derecho concedido de acusar.

b) Por otra parte, ello agravó el peligro latente del sistema, ya que dependía totalmente de la *voluntad* de los mismos individuos a quienes regía. Precisamente, la reacción Estatal contra el abuso, las consecuencias graves que el ejercicio del poder de acusar podía provocar, trajo aparejado el temor de perseguir penalmente (por sus efectos negativos), y tornó cada vez más *rara* su concreción por parte de los ciudadanos responsables.

Aquí se observa de nuevo la desestabilización del sistema y la pérdida de derechos ciudadanos, cuya conquista había sido muy difícil de obtener, poniendo en peligro la desaparición de las virtudes republicanas...²⁰.

6.5. El ocaso del sistema acusatorio romano y la introducción del germen inquisitivo

El *golpe de gracia* para un sistema de enjuiciamiento y persecución penal acusatorio en el Imperio Romano

²⁰ Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 37.

—tan puro y teóricamente consecuente con las ideas políticas de las que partía— provocó la aparición de funcionarios oficiales encargados de velar por la seguridad pública y, por tanto, de perseguir penalmente los hechos punibles que caían bajo su conocimiento. Nace el sistema de *persecución penal pública* que llega hasta nuestros días después de haber sido receptado como pilar fundamental de la Inquisición.

A pesar de que al principio este poder oficial convivió con las antiguas formas de la acusación (privadas), sólo significó jurídicamente un remedio extraordinario y subsidiario para cuando ningún individuo ejerciera su facultad de acusar —nunca abolida en la práctica— y luego se erigió como el principal sistema de persecución penal hacia fines del imperio.

Esto provocó una proyección histórica de la mayor importancia y ese legado del derecho romano fue transmitido a los siglos posteriores, cuando tras ser conservado por la Iglesia (derecho canónico) y por las universidades, vuelve a ser receptado como derecho común en Europa continental y en el siglo XIII *se transforma* en fuente directa de la *Inquisición medieval*.

El procedimiento de *oficio*, por iniciativa del propio magistrado, resucita de entre los escombros producidos por el derrumbe del sistema acusatorio; con él aparecen las características inquisitoriales siempre ligadas a su realización:

- la *escritura* como forma de proceder para documentar los actos procesales;
- el *secreto* de los actos;
- la *recurribilidad* de las decisiones por ante aquél que había “delegado” el poder de administrar justicia, en una suerte de *devolución* de ese poder;

- la conservación del debate *oral y público*, como culminación del enjuiciamiento penal que nunca *desapareció*.

- la oralidad convivió con la instrucción escrita y secreta, derivada de los poderes crecientes del aparato oficial para perseguir penalmente, forma de comunicación que ganó terreno considerablemente hasta constituirse en la parte principal del procedimiento; es el *germen de la Inquisición*, como apunta Alfredo Vélez Mariconde²¹, potenciada por el Derecho canónico.

7. Caracteres esenciales del derecho procesal civil romano

En el derecho romano, el procedimiento civil toma distancia del enjuiciamiento penal. A continuación, describiremos a grandes rasgos las formas adoptadas en el ámbito del proceso civil.

Desde su inicio, desarrollo y hasta su decadencia, existieron en Roma dos grandes sistemas procesales: el *ordinario* y el *extraordinario*, conforme lo sintetiza con una clara pedagogía el procesalista peruano Juan Monroy Gálvez²², al que hemos seguido en este tramo de la exposición.

El sistema ordinario puede ubicarse —históricamente— desde los orígenes de Roma hasta el reinado de Diocleciano (siglo III d. C.). A su vez, ese lapso se puede sub-dividir en dos fases:

-la denominada de las *legis actiones*, que estuvo vigente hasta el siglo II a. C.;

²¹ Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 52.

²² Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, p. 17 y sigs., Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1996.

- y la del *procedimiento formulario*, ubicada aproximadamente entre el siglo II a. C. hasta el siglo III d. C.

El sistema de enjuiciamiento civil romano empieza con marcados rasgos de justicia privada pura y simple, es decir, regulándose por esa causa la acción *directa*. La tutela de los derechos subjetivos es ejercida por el propio titular y muestra dos rasgos que lo tipifican:

a) Por un lado, la venganza *privada* y, por otro, la defensa privada de los derechos.

b) En su evolución ya se visualiza una marcha hacia la justicia tutelada por el *Estado*, tendencia que no descarta algunos rezagos de justicia privada en su proceso de consolidación. La ley del Talión, en su expresión romana, resultó ser un avance respecto de la acción directa, por cuanto estableció cierta *proporcionalidad* en los límites de la venganza de la víctima.

Pero, hacia fines de la República, el ejercicio de la *violencia por parte del titular del derecho se reduce casi al mínimo*. La “ley Julia” dada durante la época de Augusto castigó al acreedor con la pérdida de su crédito si este ejercía *violencia* contra el deudor para cobrarse. Es también el caso del *Decretum divi Marci*, promulgado por Marco Aurelio, que contiene los antecedentes de la prohibición del pacto comisorio.

Al lento proceso de reducción, control y eventual desaparición de la *acción directa* en el derecho romano le sucedió el también paulatino pero firme proceso de reducción del ámbito de ejecución de la *tutela privada* de los derechos. La tendencia a prohibir a los ciudadanos la tutela directa de sus derechos tiene como correlato la progresiva decisión del *Estado* de arrogarse con carácter *exclusivo* la solución de los conflictos, es decir, de ejercer la función jurisdiccional.

7.1. El sistema ordinario

El sistema ordinario fue denominado *ordo iudiciorum privatorum* (ordenamiento de los juicios privados) y estaba compuesto de las siguientes fases:

a) Las *legis acciones*

A su vez, las *legis acciones* diseñaban cinco trámites para la solución de conflictos: tres declarativos y dos ejecutivos. Los primeros buscaban “declarar” al titular de un derecho y, los segundos, hacer efectivo el derecho reconocido a una de las partes.

Los *declarativos* eran:

- *legis acciones per sacramentum*;
- *per iudicis postulationem*;
- *per condictionem*.

Los *ejecutivos* eran:

- *Legis acciones per manus iniectioem*
- *Per pignoris a pioni*.

Estos procedimientos estaban destinados al uso exclusivo de los *ciudadanos* romanos, tanto cuando éstos se encontraban en Roma como también dentro del perímetro de una milla de ésta, es decir, se presentó una forma de *competencia* exclusiva por razón de la persona y del territorio.

La actividad judicial sólo podía desarrollarse en determinados días, llamados *fastos*. Su actuación estaba prohibida en aquellos días dedicados a las ceremonias sacras, llamados por ello días *nefastos*.

En esta fase el procedimiento consta de dos etapas: la *in iure* y la *in iudicium* o *in iudicio*. Cada cual es dirigida

por personas distintas: la primera por el *magistratus* (magistrado) y la segunda por el *iudex* (juez).

Las dos etapas citadas se presentan también durante el procedimiento formulario. En consecuencia, lo que se exprese sobre estas será aplicable también a lo que ocurrió durante la vigencia del mismo.

a.1) *Etapa in iure*

La etapa *in iure* estaba a cargo del *magistrado* y se iniciaba con un acto *privado* de citación al demandado, hecho por el demandante, llamado *in ius vocatio*. Si el demandado no se presentaba, dado que la concurrencia personal era indispensable, el magistrado investía al demandante de la facultad de llevar por la fuerza al demandado de donde lo encontrara y se dirigía a él en términos consagrados (*in ius te voco o in ius sequere*). Si el demandado no obedecía tomaba testigos y los llevaba a la fuerza, inclusive arrastrándolo físicamente.

Si el demandado era anciano o enfermo, el demandante debía proporcionarle una litera; inclusive si su situación era delicada, se permitía que el demandado no concurriera hasta que se encontrara en mejor condición, para lo cual tenía que nombrar un *garante* llamado *vindex*.

La audiencia se desarrollaba ante el magistrado y es ante él que las partes exponían su pretensión y su defensa en presencia de testigos. A efectos de probar la realización de la audiencia ante el magistrado las partes llamaban a las personas presentes y las convertían en testigos. Todo este acto de determinación conformaba la materia sobre la que se constituiría el conflicto a some-

terse al *iudex* —con lo que finalizaba la actuación ante el magistrado— y se llamaba *litiscontestatio*. La *litiscontestatio* servía, entonces, tanto para determinar el o los puntos *controvertidos* como para que las partes “sometan” al juez aquellos que acordaron elegir. Si respecto de la elección no hubiera *acuerdo*, ésta quedaba a cargo del magistrado sobre la base de criterios que expresaban el control del poder político sobre la función judicial.

La comparecencia debía ser personal ante el magistrado, es decir, no cabía la *representación*. No se podía actuar por ley en nombre ajeno. Pero esta prohibición empezó progresivamente a tener excepciones. Una de ellas fue el *agere pro populo*, verdadera pretensión popular destinada a defender los intereses colectivos.

Otra nota singular que nos interesa destacar es la siguiente: en el derecho romano la actuación del “representante” *lo ligaba* directamente a los efectos que resultaran del proceso y el “representado” quedaba totalmente *ajeno* a estos efectos. Por cierto, se trataba de una situación que las necesidades del intercambio comercial y la multiplicidad de las relaciones sociales fueron modificando. Ya en la Edad Media el derecho canónico había desarrollado una regla que empezó a orientar lo que es la tendencia actual: el que quedaba *obligado* a las resultas del proceso era el representado y no el representante.

a.2) *La etapa in iudicio*

Posteriormente, y ya ante el juez, se realiza la segunda etapa (*in iudicio*). En ella se producen los medios probatorios y, luego se procede a resolver. Este juez (*iudex*)

podía ser unipersonal o colegiado. Fijada la fecha para la audiencia, si alguna de las partes no concurría se le esperaba hasta el mediodía. Pasada dicha hora se expedía sentencia a favor de su rival. Si las partes comparecían, cada una sintetizaba su posición (la *causae coniectio*) y, si era necesario, los abogados podían aclarar la posición de sus clientes (la *causae peroratio*); luego se actuaban los medios probatorios que debían producirse en la audiencia y todo quedaba finiquitado para que se expidiera la sentencia.

La sentencia podía cumplirse recayendo el apoderamiento sobre el bien litigioso. Sin embargo, si el vencido no cumplía con su entrega, no había forma de obligarlo. Si esto acontecía, la condena se resolvía en una estimación monetaria.

a.3) Descripción de un proceso bajo la fórmula de las "legis actiones"

El carácter *sacro* de las *legis actiones* estaba ligado a su origen *primitivo*, tanto es así que las soluciones que regularmente se daban a los conflictos estaban emparentadas con formas de acción *directa*, es decir, de violencia matizada por los actos formales que las partes cumplían.

Una demostración de ello era la *legis actio per manus iniectioem* (acción de la ley por aprehensión física del deudor). Su mismo nombre está indicando cómo el acreedor podía solicitar al magistrado que le concediera el derecho de cobrarse su crédito usando la persona física del deudor. La *manus iniectio* era más despiadada y expeditiva cuanto más libre estuviera el acreedor para actuar, es decir, en el ámbito privado. Con la intervención

cada vez más creciente del Estado, la *manus iniectio* fue concedida pero con mayores *garantías* para el deudor.

El trámite del proceso y sus plazos estaban previstos en la Ley de las XII Tablas. La ley sólo concedía la *manus iniectio* si había una sentencia o una confesión judicial por la que se reconocía la deuda. Esto determinó que, para obtener la orden de aprehensión física, era necesario tener un título especial, que la ley lo asemejaba a una sentencia (por eso se le llamaba *manus iniectio pro iudicato*). Una vez obtenido éste, se concedía al deudor un plazo. Si no pagaba dentro del mismo, el acreedor estaba autorizado a llevar al deudor ante el magistrado por la fuerza, a fin de que éste lo requiriera para que pagara. Si el crédito no era satisfecho recién entonces podía solicitar la entrega física del deudor.

El deudor que no pagaba, podía hacer intervenir a un tercero llamado *vindex*, a fin de que lo defendiera. El primero quedaba libre y desvinculado del proceso. El *vindex* podía, por ejemplo, cuestionar el título, lo que convertía el proceso ejecutivo en uno declarativo, alegando que la *manus iniectio* era injusta. Sin embargo, si perdía el proceso, el *vindex* era condenado a pagar el doble de la suma debida.

Si el deudor no pagaba ni nombraba un *vindex*, el magistrado pronunciaba la palabra *addico* (te lo atribuyo), entregándolo al acreedor, quien lo conducía a su casa y lo mantenía en prisión durante sesenta días cargado de cadenas que no debían pesar más de quince libras. Si el deudor no se alimentaba por su cuenta el acreedor estaba obligado a entregarle una libra de cebada diaria. Transcurrido el plazo, debía llevarlo a tres mercados en forma consecutiva donde debía anunciar

en voz alta la suma debida esperando que *alguien pagara por el deudor*.

Si nadie pagaba el acreedor tenía dos opciones: lo vendía como esclavo en el extranjero (entendiendo por tal lugar todo lo que quedara al otro lado del Tíber, de allí que se le llamaba *esclavo transtiberim*, o lo mataba). Inclusive en las XII Tablas se regulaba la posibilidad de que hubiera varios acreedores. Si éstos decidían matar al deudor, por ejemplo, podían dividirse el cuerpo entre el número de acreedores.

7.2. El procedimiento formulario

El implacable rigor *formal* de las *legis actiones* determinó que en su aplicación se produjeran muchas *injusticias*. La pérdida del derecho material por un error de forma (procesal) produjo descontento y desconfianza en los usuarios. Esta situación condujo a la necesidad de reducir las exigencias formales a fin de hacerlas menos categóricas. Éste es el origen del *procedimiento formulario*.

Como el tránsito de un proceso a otro no se produjo drásticamente, hubo una época en que el procedimiento de la *legis actiones* coexistió con el procedimiento formulario. Sin embargo, ya en esa época éste empezó a caracterizarse por quebrar la competencia por razón de la personas. En efecto, el procedimiento formulario fue utilizado por ciudadanos romanos, pero también para conflictos entre estos y los peregrinos, o inclusive solo entre peregrinos.

Su mayor simpleza –no debe olvidarse que las *legis actiones* consistían por lo general en el cumplimiento

de un conjunto de formalidades rigurosas, casi rituales, regularmente orales– a la par de la apertura democrática antes descrita, determinó que su uso fuera ganando adeptos hasta convertirse en el procedimiento más *reconocido*.

7.2.1. Diferencias entre el procedimiento de la “*legis actiones*” y el procedimiento formulario

Una primera diferencia estuvo dada en los distintos grados de *formalidad*. En el procedimiento formulario se reemplazaron los actos solemnes –regularmente orales de las *legis actiones*– por un documento escrito en el que las partes precisaban el tema materia de controversia y designaban al juez encargado de resolverlo.

Otra diferencia surge del hecho de que el procedimiento formulario, al dejar de ser quiritarario, amplió su *competencia* y se convirtió en un auténtico *servicio estatal* de solución de conflictos.

Una tercera diferencia, quizás la más importante, es que en el procedimiento formulario *el pretor* estuvo en aptitud de *adecuar* el proceso a un “conflicto” que no estaba previsto en el derecho civil romano –versatilidad que hubiera sido imposible en la estructura rígida de las *legis actiones*– para ello creó una variante de la fórmula clásica. Esto equivalió a evadirse del sistema de derecho conocido, era como “crear derecho”. Por ello suele hacerse referencia a la *justicia pretoriana* por la que se considera a la función judicial como una actividad creadora de derecho.

Una cuarta diferencia es la siguiente: en las *legis actiones* todas las “*acciones*” debían estar sustentadas

en el derecho quiritario o derecho civil romano, en cambio, en el procedimiento formulario podía admitirse una “acción” sin antecedente jurídico que la sustente, pero reconocida por el magistrado.

El procedimiento formulario se iniciaba con una comunicación *extrajudicial* del demandante al demandado, llamada *editio actionis*, por la que le hacía conocer la fórmula que iba a intentar en su contra. Después se le notificaba formalmente a través de un acto llamado *in ius vocatio*, para que se apersonase. Esta notificación contenía una sanción pecuniaria por incumplimiento llamada *vademonium*.

Si no se apersonaba ni nombraba a quien lo garantizase (*vindex*), el demandado (*reus*) debía pagar la multa antes citada. Además, si la desobedecía, el pretor podía dar al demandante la posesión de los bienes del demandado, al extremo de que podía autorizar su venta. En este procedimiento, la fase *in iure* transcurre sin formalismos, se pide lo que se desea y se espera la conducta que vaya asumir el demandado.

La fórmula tenía partes ordinarias y extraordinarias. Las ordinarias eran cuatro: *demonstratio*, *intentio*, *condemnatio* y *adjudicatio*. Las extraordinarias eran dos: *exceptio* y *praescriptio*.

- En la *demonstratio* se describe o muestra lo que es el objeto del litigio.

- La *intentio* es la parte más *importante* de la fórmula porque en ésta el demandante *expresa su pretensión*.

- La *condemnatio* es la parte de la fórmula en la que el magistrado indica al juez *los términos* en que debe absolver o condenar, dependiendo de lo que se prueba. Adviértase que, aun cuando el reclamo fuera por una

cosa, suele afirmarse que siempre la condena era por el valor *pecuniario* de ésta.

- La *adjudicatio* es una fórmula aplicable sólo en los casos de las acciones divisorias, el juez estaba facultado a asignar a uno de los litigantes aquello que se disputaba con el otro.

- La *exceptio* es una fórmula que restringe el poder del juez para decidir una condena y subordina la decisión a la prueba de la pretensión del demandante. Un ejemplo: si una persona reclama a otra el pago de una deuda la demandada puede aceptar la pretensión, sin embargo, puede afirmar que también convinieron en que no le iba a cobrar. Esta última alegación es acogida como *exceptio*, con lo que ya no es necesario que el demandante pruebe que prestó el dinero que ahora reclama, sino que el demandado acredite que el acreedor convino que no le iba a cobrar (*exceptio pactum de non petendo*).

- La *praescriptio* es un agregado a la fórmula que consiste en una cláusula colocada al inicio de ella la que contiene una *advertencia* para que el juez la tenga en cuenta en el momento oportuno. Esta cláusula buscaba evitar que el efecto cancelatorio del proceso destruyera *derechos materiales* que podían ser reclamados más adelante. Un ejemplo: una persona deja de pagar dos cuotas mensuales y le falta pagar aún quince más, las que todavía no se han devengado. Al llenar el demandante la fórmula debe decir que la demanda es sólo por las dos cuotas. Esta es una *praescriptio*. Si no lo dice, y demanda el pago de las diecisiete, va a ocurrir que no sólo perderá las quince cuotas que aún no son exigibles, sino que las perderá para siempre. Expliquemos por qué:

- La *litiscontestatio*, a diferencia de lo que era en las *legis actiones* es, ahora, la *ceremonia* en la que el demandante le entrega la fórmula al demandado y éste acepta haberla recibido y *comparece a estar a derecho*.

- Se establece entre los litigantes un *convenio* que los ligará al resultado del proceso. La *litiscontestatio* tiene durante el procedimiento formulario, con mayor nitidez que durante la vigencia de las *legis actiones*, dos efectos.

Por el efecto de la *novatio*, al producirse esta especie de “contrato procesal” entre las partes para someterse a la jurisdicción (*litiscontestatio*), los derechos *materiales* de los litigantes –para decirlo en términos contemporáneos– se extinguían pasando a convertirse en *acciones* o, si se quiere, en “un derecho a la sentencia”.

Precisamente, esta “adquisición” por parte de la función judicial del conflicto determinaba el otro efecto de la *litiscontestatio*: el “consuntivo”. Al someterse las partes a la decisión judicial no había posibilidad de que se inicie otro proceso sobre el mismo conflicto o derecho. Este es un antecedente histórico de lo que ahora conocemos como la cosa juzgada.

Teniendo la conversión aludida y el efecto *novatorio* un carácter definitivo, si el demandante perdía el litigio por una *razón procesal o formal*, en todo caso ajena al *derecho material* que se discutía, perdía también este último de manera concluyente.

Si el demandado admitía la pretensión y la satisfacción (*confessus in iure*), o la admitía pero no la satisfacía, no existía “el proceso”. Éste se daba sólo cuando el demandado discutía la pretensión y fundamenta su posición. En este último caso, si tiene hechos que alegar,

podrá pedir que se incorporen a la fórmula medios de defensa que permitan sustentar su posición. Una vez precisada la pretensión y la defensa, se procede a designar al juez.

La *prueba* de los hechos corresponde al demandante; cuando el demandado haya alegado excepciones las deberá probar. El juez solo sentencia si adquiere convicción, por tanto, si los medios probatorios no le dan certeza puede negarse a hacerlo (“absolución de instancia”, que no está permitida en el derecho contemporáneo).

El fallo debe necesariamente adecuarse a los términos previstos en la fórmula, inclusive bajo la hipótesis de que esté equivocada. El fallo condenatorio deberá siempre expresarse en una suma de *dinero*. Una vez sentenciado, el juez deja de tener injerencia en el proceso. Es lo que se llama el “desasimiento” del tribunal.

Si bien el procedimiento formulario era de instancia única se podía atacar excepcionalmente la sentencia. Así, se permitía formular una oposición a la *actio iudicati* (ejecución de la sentencia) pero, si se salía derrotado, se le condenaba al demandado al doble de lo que originalmente debía pagar.

También era factible deducir la *restitutio in integrum*. Esta era una calidad especial que recaía en cabeza del pretor agregada a su *iurisdictio*, la que le permitía ejercer *discrecionalidad* para ordenar el reinicio del proceso o el comienzo de otro. Con ello le permitía al demandado, por ejemplo, el uso de una *exceptio* (sobre todo si era perentoria) cuando consideraba que tal omisión podía determinar la dación de una decisión injusta.

También podía usarse la *restitutio in integrum* cuando el declarado *contumaz* acreditaba que había tenido causa

legítima para *ausentarse*. Conseguía con ello que la sentencia fuese *revocada* y el proceso volviera a *iniciarse*. Aunque el nuevo proceso no era exactamente el que había concluido sino otro con características especiales. Éste era uno de los efectos de la *restitutio in integrum*.

En síntesis, *la restitutio in integrum* se concedía cuando se había producido un daño a la persona que lo solicitaba, quien además acreditaba la existencia de una justa causa. Esta justa causa podía ser, entre otras, la minoría de edad (inferior a 25 años) del agraviado, el dolo, el miedo, el error, la ausencia justificada, la *capitis diminutio* (cambio de estado que produce una afectación a un tercero) y la *alienatio iudici mutandi causa* (enajenación hecha para modificar las condiciones materiales referidas al proceso que está por iniciarse).

Al proceso en el que se obtiene la *restitutio in integrum* se lo llamaba *iudicium rescindens* y la acción que se puede iniciar como consecuencia de haber obtenido ésta es denominada *actio rescissoria*. Adviértase la calidad de antecedente de la *restitutio in integrum* respecto de la institución de la nulidad de la cosa juzgada fraudulenta, como se la concibe hoy.

La *ejecución de la sentencia* tenía algunas particularidades:

- La sentencia consentida y no pagada dentro de treinta días hacía nacer en el vencedor el derecho a iniciar una especie de proceso *ejecutivo* contra el demandado, que recibió el nombre de *actio iudicati*.

- Si el deudor aceptaba *la actio*, se iniciaba la ejecución, pero si la discutía se iniciaba el *proceso*. Si el demandado lo perdía, dependiendo de la naturaleza de la defensa o de la intervención de un *vindex*, se podía con-

denar al ejecutado *al doble* de lo que la primera sentencia le ordenó *pagar*.

- Si a pesar de ello el deudor no *pagaba*, la ejecución podía recaer en su *persona*, como en el dramático caso de la *legis actio per manus iniectonem* antes descrito, aunque en este procedimiento podía *liberarse* entregando su patrimonio para que con su venta se pague la deuda. Este acto era denominado la *cessio bonorum*.

7.3. El procedimiento extraordinario

El procedimiento extraordinario o *cognitio extraordinem*, se caracteriza –por oposición al sistema antes descrito– porque no presenta *dos etapas* procesales (*in iure* y *apud in iudicem*), sino *sólo una*.

Por otro lado, la *organización judicial* se torna directamente tributaria del *poder central*, asimismo, se nombran jueces competentes que se hacen cargo directamente de la solución del conflicto que se les encomienda.

El juez es, en este sistema, un funcionario del Estado como en la actualidad. Además, en las distintas ciudades otros funcionarios como el *prefecto de policía* y los *gobernadores de provincia* pasaron a conocer directamente algunos asuntos, utilizando el procedimiento extraordinario. Es de advertirse que este procedimiento mantuvo vigencia *simultánea* con el procedimiento *ordinario* durante el Alto Imperio, lo que deja de ocurrir durante el siglo III, cuando el procedimiento extraordinario pasa a ser el *único* método de juzgamiento.

En sus inicios el procedimiento extraordinario carecía de límites de lugar y de tiempo, por ejemplo, todos los días eran hábiles. Posteriormente, durante

Constantino, se prohibió la actividad judicial los domingos. Con el cristianismo el feriado alcanzó a todas las festividades religiosas, por ello los días hábiles se redujeron a 240.

Entre las características del procedimiento podemos anotar:

- Ya no era imprescindible la *presencia* del demandado, sino que se podía seguir el trámite en su rebeldía si no se apersonaba dentro de los cuatro meses de notificado. Se eliminó también la *in ius vocatio* y se la reemplazó por el emplazamiento regular realizado por el auxiliar correspondiente. Al acto se le denominaba *denuntiatio apud acta, libellus conventionis*.

- Se inicia el apogeo de la *escritura*.

- La ejecución judicial se sujetaba a lo pretendido en la demanda y se ratifica la condena pecuniaria.

- La sentencia debía estar prolijamente fundamentada y se notificaba leyéndola a las partes. Para su fundamentación el juez podía consultar a sus *asesores*, cuyos cargos y funciones estaban detallados en el Digesto y el Código de Justiniano.

- Se desarrollan buena parte de la materia recursiva que ahora conocemos. Había recursos ordinarios como la *appellatio* y la *consultatio* y también extraordinarios como la *supplicatio* o la *restitutio in integrum*.

- El procedimiento extraordinario es, de alguna manera, *el trámite que durante la mayor parte del siglo XX ha estado vigente en los países latinoamericanos*. Son escasas las variantes de sus notas esenciales que difieren en los sistemas de enjuiciamientos actuales comparados con el romano.

7.4. El arbitraje en Roma

Además de los procedimientos oficiales antes descritos, las partes estaban facultadas para –de común acuerdo– nombrar un *árbitro* que solucionara su *conflicto*. Este acuerdo (*pactum*) de someter el conflicto a un árbitro se llamaba *stipulatio* o *compromissum*, y se convertía en un *receptum arbitri*, cuando el árbitro aceptaba el encargo, para lo cual, regularmente exigía que las partes se *comprometieran* a aceptar la *ejecución* de lo que resolviera el *árbitro*. Si no obedecían, el árbitro, basándose en una *commissa est stipulatio*, le concedía al ganador una *actio incerti*.

El árbitro tramitaba el conflicto de acuerdo con su criterio y admitía como reglas de actuación solo las que las partes pudieran haber *convenido*. Si la decisión expedida por el árbitro no era *aceptada* por el *perdedor* el *ganador* tenía el derecho de recurrir al procedimiento *oficial* para lograr su *ejecución*, al ser titular de la *stipulatio*.

Es en fecha posterior que Justiniano le dio al fallo arbitral la calidad de *título de ejecución*, inclusive dispuso que el acuerdo de las partes contemplara siempre una sanción por incumplimiento de la decisión del árbitro.

Hay aspectos del arbitraje en Roma que permanecen inalterados en el derecho contemporáneo: la *elección* de árbitros en número *impar* y el que la decisión deje de tener *eficacia* si se expide fuera del *plazo previsto* y sin que éste hubiera sido *prorrogado*. Como se advierte, la “actualización” de la función arbitral es solamente eso, una “recuperación” de un medio de solución de conflictos de antigua data, caracterizado por ser com-

plementario con la función jurisdiccional auténtica, es decir, la Estatal, y finalmente, dependiente de ésta cuando la decisión arbitral definitiva no era cumplida *voluntariamente*.

7.5. Simbiosis entre el proceso romano y el germánico

Citando nuevamente a Monroy Gálvez²³ podemos concluir con él, que "...El proceso en las regiones colonizadas por el Imperio, que reconocía como fuente al proceso romano con las variantes que sus costumbres e idiosincrasia le impusieron, es nuevamente removido desde sus cimientos con la aparición del proceso germánico. Como fruto de esta nueva y lenta influencia (que dura casi dos siglos) se va a formar en el reino de España un nuevo tipo de derecho y de proceso.

El producto de la interacción de dos culturas jurídicas es un derecho distinto y considerablemente *superior*. Es cierto también que su desarrollo no es uniforme en los pueblos europeos, no se sigue un mismo patrón, el ordenamiento jurídico es distinto según el pueblo germánico de que se trate y el pueblo que reciba la influencia.

En el caso de España, esta síntesis cultural produjo un derecho excepcional. Probablemente, el producto más importante de esta simbiosis cultural es el *Fuero Juzgo o Libro de los Jueces*. Su contenido es, por mucho, más que la suma del derecho romano y del germánico; constituye la expresión cultural de la época y del pueblo que lo elaboró. Su altísima concepción del hombre y

sus valores, lo convierte en un documento de extraordinaria riqueza espiritual.

Podetti, citado por Monroy Gálvez, se refiere de esta manera al Fuero juzgo: el Fuero juzgo es un monumento imperecedero del empuje material y del idealismo cristiano de aquel pueblo. Su lenguaje primitivo, de áspera belleza y de admirable concisión, es la antítesis de los prolijos, interminables y casuísticos códigos de las épocas posteriores.

En este cuerpo legal se fusionan por primera vez los principios jurídicos del pueblo godo y el *jus civile* (derecho romano) que había influido notablemente en la cultura de los nuevos conquistadores. Y, amalgamándolos, imponiendo su sello inconfundible, en ciertos aspectos de la legislación y de las costumbres, aparece el derecho canónico.

Sin embargo, los estudios demuestran que los grandes textos de la época —como el Fuero Juzgo— tuvieron una aplicación limitada y supletoria en la actividad jurídica regular de ese momento histórico. Muchas fueron las razones para que ello ocurriera, entre ellas citamos la influencia del *derecho árabe* y la necesidad de España de llevar adelante la guerra de reconquista contra el invasor.

En la práctica regía, entonces, una suerte de derecho *popular* tan interesante y complejo como el que hemos descrito. Además, se trataba de derechos distintos, dependiendo de la versión que de los derechos influyentes hubiera desarrollado cada pueblo. Lo expresado no descarta la posibilidad de encontrar caracteres integradores o *comunes* en los procesos de los distintos pueblos que, un tiempo después, se van a unificar for-

²³ Monroy Gálvez, ob. cit., p. 32 y sigs.

mando el reino de España. En todos se exigía la *publicidad* de la actuación judicial, inclusive se privilegiaba la plaza pública como lugar natural de esta actividad (adviértase el resabio germánico de este rasgo). Igualmente en estos procesos -influidos una vez más por el derecho germánico como el caso del “*wergeld*”, antecedente directo de la conciliación- había una tendencia a buscar el *arreglo* entre la partes, con o sin la ayuda del juez.

Otras características comunes a todos estos procesos es su tendencia a la *oralidad*. Una vez más se trata de un rasgo de influencia germánica y su singular *sistema probatorio* que, incapaz de tomar partido por la prueba lógica romana o la prueba ritual germana, optó por *incorporar a ambas* y le dio usos distintos teniendo en cuenta la naturaleza del conflicto. Finalmente, son también rasgos comunes de estos procesos surgidos del derecho consuetudinario: el predominio de la lealtad y buena fe procesales, así como la conducta pasiva del juez...”.

7.6. *El proceso en el derecho foral y el derecho indiano*

Para completar el análisis de los sistemas y conjunto de leyes que sirvieron de antecedentes para la realización del derecho procesal en América latina, resta ocuparnos de la legislación más trascendente del derecho foral español.

Resumiendo nuevamente lo conceptos de Monroy Gálvez²⁴ debe señalarse que los aportes jurídicos acu-

mulados lo fueron en el contexto histórico de un conjunto de pueblos en plena lucha por su unificación y, casi simultáneamente, en lucha por su reconquista. Así, los tributos del derecho romano, del derecho canónico, del derecho germánico y de la influencia del derecho árabe –el pueblo conquistador– generaron en los pueblos que conformaban el reino de España un derecho propio, *autónomo*.

Este derecho, llamado *Foral*, se caracterizó por la redacción de documentos en los que se describía la actividad jurídica a partir de los casos presentados y sus soluciones. Estos documentos, llamados fueros o “*cartas pueblas*” tendrían en la actualidad su equivalente en las revistas o libros de jurisprudencia. Tal vez este derecho foral no alcanzó la suficiencia teórica ni la sabiduría del *Fuero Juzgo*, sin embargo, es expresión real y concreta de lo que el derecho significó para los pueblos en un momento históricamente determinado.

Avanzando en el tiempo y ubicados ya en el siglo XIII, al rey Alfonso el Sabio le correspondió sancionar un ordenamiento jurídico de excepcional importancia: *Las Partidas*. Entre ellas *la Partida III* es, probablemente, el documento procesal de la más profunda y extendida *influencia* sobre la actividad procesal en Latinoamérica.

Cabe acotar que el “orden procesal” que se desarrolla en la *Partida III* ya no es más producto de la influencia *combinada* del proceso romano y del germánico. Es, en cambio, un *retorno total y definitivo* a las *fuentes romanas*. De alguna manera, la *Partida III* es la versión procesal del *Digesto*, a la que se agregan los aportes propios de la experiencia procesal española de la época. Pero observamos que en esta “experiencia” del derecho co-

²⁴ Monroy Gálvez, Juan, ob. cit., p. 40.

mún español es imposible que pudiera haber existido un filtro tan eficaz que haya impedido que el derecho germánico fuese también incorporado, aunque con mucha menor influencia que el derecho romano.

Para ir concluyendo; la evolución del derecho procesal en España, el sometimiento a los principios doctrinales que orientan el procedimiento ordinario, es decir, a la Partida III que, después de todo, es descendiente directa de la institución romana *solemnis ordo iudiciorum*, el alejamiento del derecho germano, fue marcando, lamentablemente, la existencia de fórmulas procesales achatadas, morosas, sin vida. Y esta es precisamente la corriente que hemos recibido en Latinoamérica y la que determinó la elaboración de procedimientos alambicados, dolorosamente extensos e inexplicablemente persistentes.

Por último, debo citar dos ordenamientos procesales españoles más recientes que también *influyeron* decisivamente en el derecho procesal indiano: la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*. Su mayor virtud es haber tendido a la *unificación* de la normatividad procesal existente antes de su dación, aunque su sistemática ostenta múltiples confusiones (y, desde nuestro punto de vista, un marcado *autoritarismo*).

El último dato relevante de esta breve historia del proceso civil español es la *Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881*, que rigió en España hasta el año 2000 y fue ciertamente el otro ordenamiento procesal de mayor *influencia* en los códigos sudamericanos de la primera mitad del siglo XX. Se trata de un ordenamiento casi totalmente desprovisto de los aportes de la —en aquel entonces— incipiente ciencia procesal. Nació atrasado

para su época y, sobre todo, ya viejo para el rol difusor que la historia le tendría deparada.

8. Conclusiones en este tramo. *El derecho que heredamos en Latinoamérica*

Con el relevamiento de los diversos tramos del derecho procesal civil romano, su fusión con el derecho germano, la legislación foral española, las leyes procesales de España de 1855 y 1881 y su influencia sobre la legislación indiana, es decir, la “herencia” procesal que hemos recibido (o sufrido), damos por concluido el raudito paso por los sistemas de enjuiciamiento vigentes en las distintas épocas y los rasgos que nos interesó remarcar a los fines de explicar las variables más significativas que influyeron en la cultura procesal latinoamericana.

En este resumido balance de los sistemas de enjuiciamiento desde el pasado remoto a las épocas más cercanas, queremos remarcar una saludable constante que se daba en la antigüedad: *la participación popular* en la administración de justicia, contribución que se produjo tanto en el *inicio* del proceso como en la *formación* (colegiada) de los órganos judiciales.

Si bien al derecho romano le cabe la innegable trascendencia de haber creado las bases de la juridicidad del derecho procesal actual, también pesa sobre el mismo dos acusaciones muy serias: por un lado, haber desplazado ese derecho de origen popular y de carácter democrático y, por el otro, sembrar las cimientos de un derecho en cierta medida aristocrático, que incipientemente y siglos después, bajo la nueva fórmula del derecho romano-canónico resultó la “musa inspiradora” del tene-

broso sistema inquisitorial que se instalará en la edad media y resurgirá con mayor virulencia aún en el período renacentista.

9. Breves reflexiones finales sobre los sistemas inquisitivo y neo-inquisitivo de procesamiento

Como ya lo explicamos en la introducción del presente capítulo, el siguiente será dedicado al estudio del nacimiento, desarrollo y extinción del sistema inquisitivo. Complementando ese examen el capítulo quinto abarcará un detalle del procedimiento, sus fases, la composición del órgano jurisdiccional, la estructura de la sentencia y los tipos de penas aplicadas por los tribunales inquisitoriales.

Reiterando nuestros conceptos iniciales, a modo de simple introducción de lo que se expondrá a continuación, subrayamos que el advenimiento y la implantación del sistema inquisitivo –como modo de enjuiciamiento penal y civil en el derecho religioso y laico– no ha sido un calvario menor. Abarcó seis siglos de la historia de Europa continental, desde el siglo XIII, época en la que comienza a arraigarse, hasta el siglo XVIII, momento en que principia su decadencia para extinguirse, finalmente, en el siglo XIX. En América, por su parte, el sistema se hace “operativo” a partir del siglo XV y también concluye en el siglo XIX.

Precisamente, el siglo XIX marca su desaparición definitiva. Pero ha dejado un testamento muy gravoso. Son muy profundas las huellas culturales de ese sistema que aún perduran (bajo modalidades “impuras”) en el procedimiento civil y penal de nuestros días.

Su gestación y el portentoso desarrollo alcanzado durante su “reinado” fue el producto de un cambio desafortunado y radical de las concepciones políticas, religiosas y jurídicas imperantes antes del siglo XIII, condiciones que, por los distintos motivos que venimos analizando, sumados a los que incorporaremos más adelante, facilitaron su aceptación. Pero lo que importa resaltar es que las directrices jurídicas de ese “modelo” se acomodaron perfectamente a las *finalidades* buscadas por el omnimodo *poder político / religioso* que rigió durante los extensos siglos en Europa continental y América latina.

El fenómeno inquisitorial merece entonces, y sobradamente, un minucioso análisis retrospectivo y de sus proyecciones actuales. Justifica tal emprendimiento (lo decimos una vez más a riesgo de ser reiterativo) la *negativa influencia* que ha ejercido (y sigue ejerciendo aún hoy) en la *cultura jurídica/procesal* continental europea y latinoamericana. Por incomprensible que resulte el nacimiento y la sorprendente prolongación en el tiempo de ese perverso “modelo” no puede negarse que significó un hito referencial y que su estudio resulta ser una imposición ineludible a la hora de demostrar la *intensidad* con la que contribuyó (*ideológicamente*) –mediante la “imposición” de sus patológicas recetas– al *rotundo fracaso* de los sistemas de enjuiciamiento civiles y penales contemporáneos.

Finalmente, aproximarnos a las tortuosas formas de la Inquisición y la neo-Inquisición procesal tiene otra utilidad: explicará y ayudará a entender –cuando lleguemos a su congruo lugar– cómo y por qué se produjo (como reacción natural) el nacimiento de una *contra-cul-*

tura procesal que se alza contra ese modelo caduco: el “*garantismo procesal*” ideología que, obviamente, es su reverso. Pero, además, representa la *antítesis superadora* –en los términos de la dialéctica hegeliana– y que –finalmente– (de eso estamos seguros) se impondrá sobre la vieja tesis que hoy combate. Cuando esto ocurra se cumplirá con el “cauce natural” que marca la permanente noria de la evolución científica: la formulación de una “tesis”; la confrontación con su “antítesis” y la formación de una “síntesis” final (consolidada –en todos los fueros– en torno a las ideas “garantistas”).

Dicho en otros términos, la aceptación de “diseños de códigos procesales” (civiles y penales) con la condición *excluyente* de que guarden “correspondencia” con las prescripciones constitucionales del debido proceso.

10. Conclusiones

En este capítulo los puntos más salientes que nos interesa remarcar son los siguientes:

- En la antigüedad, comprendiendo este concepto al derecho germano, al derecho griego y las etapas democráticas del derecho romano, el modo de procesar y juzgar los conflictos de relevancia jurídica estuvo signada por tendencias muy valiosas: de un lado la participación activa del pueblo en la iniciación de los litigios, operada mediante la acusación privada –por parte del propio ofendido y su clan– o bien por el ejercicio de esa actividad asumida por cualquier miembro de la comunidad.

De otro lado, interesa remarcar la composición democrática del órgano jurisdiccional bajo la forma de

asambleas populares o sistema de jurados y la oralidad como forma de expresión.

Pero estos sistemas no estuvieron exentos de errores, por caso, el sentido mítico otorgado a la “prueba” (ganaba el litigio quien lograba superar pruebas heroicas –ordalías– o imponerse físicamente en el duelo llevado a cabo entre los contrincantes).

Se debe tener presente que recién en el derecho romano se introdujo un cambio radical a la hora de otorgar “la razón” a los justiciables: la utilización de la prueba tendiendo a la formación de la reconstrucción histórica de los acontecidos para que, según se hubieran producido los hechos, dar la razón jurídica al litigante que tuviera amparo jurídico a partir de la base fáctica debidamente acreditada.

Además, aunque de un modo infinitamente menor que el empleado luego por el sistema de procesamiento inquisitivo, se permitió, en ciertos casos, la tortura de personas para acceder al conocimiento de los hechos.

- El modo de juzgar que imperó en la antigüedad y que se puede calificar como acusatorio-privado, se vio quebrado –abruptamente– con el arribo del sistema de procesamiento inquisitivo, que se instaló en el siglo XIII y se extendió hasta el bien entrado el siglo XVIII.

- La Inquisición en su forma “pura” y en su continuación “impura” (los sistemas neo-inquisitivos o mixtos) significó, además de una ominosa lacra que debió soportar la humanidad en pleno apogeo de su “reinado”, un efecto muy negativo que se extendió hasta el presente: introducir una cultura jurídica autoritaria (fortificada por la influencia de otros factores: el pensamiento dogmático-religioso; el militarismo, el quiebre sistemático

de los regímenes democráticos a mano de los tiranos de turno, la intolerancia política, etc.) La concurrencia de este “caldo de cultivo” llevó a diseñar sistemas de procesamiento impregnados de pensamientos verticalistas y, además, a ubicar al órgano jurisdiccional en un papel sobredimensionado que ha provocado un verdadero descalabro en el modo que se enjuicia y juzga en la región.

Hoy, como ayer, siguen operando los dos ejes sobre los que se asentó la más rancia Inquisición: el sistema procesal de persecución pública de los delitos y la búsqueda de la “verdad histórica objetiva” (sin respetar el método –el debido proceso– para arribar a esa quimérica meta).

- El descrédito en el que se encuentra envuelto los sistemas de procesamiento, la judicatura, y la gestión abogadil, impone que se formule un replanteo profundo y crítico sobre las premisas teóricas, las prescripciones positivas de los códigos procesales y, fundamentalmente, incursionar en otras propuestas alternativas a “lo malo conocido” porque lo más perjudicial que puede hacerse desde el conocimiento científico es insistir en recetas que aplicadas “al mundo real” no han hecho más que provocar fracaso tras fracaso y ganarnos el desprecio del “hombre de a pié” que no cree en el producto que se le ofrece bajo la remanida fórmula: sistemas de procesamientos mixtos y fuertes poderes para el juez, en especial en materia probatoria.

- El alumno, con su juventud, tiene el deber moral de reflexionar y criticar lo que le “viene dado”. En definitiva es el disconformismo de los años tempranos el motor que siempre impulsó los cambios más radicales, no sólo en el ámbito jurídico, sino en la evolución favo-

rable del pensamiento universal que llevó al reconocimiento de la dignidad humana en todas sus facetas.

Bibliografía utilizada

MAIER, Julio, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1B, Ed. Hamurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos [La ordenanza procesal penal alemana]*, vol. 1, Introducción, 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1996.

STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, traducción Enrique Bacigalupo, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, España, 1980.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1981.

Capítulo II

EL SISTEMA DE PROCESAMIENTO INQUISITIVO

Sumario

1. Introducción al estudio del sistema de procesamiento inquisitivo. 2. El nacimiento del sistema inquisitorial. El poder de los señores feudales. El surgimiento de los Estados Monárquicos. El papel de la Iglesia Católica. La concentración del poder. 3. La recepción del derecho romano imperial. Causas de su imposición. 4. El ámbito del enjuiciamiento penal canónico. 5. La abolición del proceso acusatorio. La reafirmación del sistema inquisitivo. Principales directrices. 6. El nacimiento de la Inquisición en España. 6.1. Características propias de la Inquisición española. 6.1.1 El descontento de los "cristianos viejos". 6.1.2. El establecimiento de la jurisdicción inquisitorial en los reinos de España. 6.2 La Inquisición en América. 6.2.1 La creación de los tribunales de la Inquisición en América. 6.2.2. Intento de crear un Tribunal de la Inquisición en la Argentina 6.3. El lento ocaso de la Inquisición Hispanoamericana. 7. La ordenanza Carolina y el Derecho inquisitivo alemán. 7.1. Síntesis del sistema de enjuiciamiento previsto por la ordenanza Carolina. 8. La decadencia del sistema inquisitivo en Alemania. 9. Conclusiones sobre el desarrollo del sistema procesal en Alemania. 10. El Derecho inquisitivo francés. La Ordenanza criminal francesa de 1670. 11. Comparación entre los sis-

temas inquisitivos de Alemania y Francia. 12. El Sistema Inquisitivo en Italia. 13. El pensamiento Iluminista y su influencia en el fin del sistema inquisitorial. 14. Fin de la Inquisición en España. 15. La extinción del procedimiento inquisitorial en su forma “pura”. 16. Conclusiones.

1. Introducción al estudio del sistema de procesamiento inquisitivo

En este capítulo estudiaremos el nacimiento y desarrollo del sistema de procesamiento inquisitivo en España y América latina. El análisis se completará con las modalidades adoptadas por la Inquisición en Alemania, Francia e Italia.

En el capítulo siguiente, la investigación continuará con la explicación del procedimiento inquisitorial, es decir, la forma en que se juzgó y condenó a millones de inocentes, drama histórico que aún hoy mueve al asombro, a la indignación y espanto. Ese oscuro tramo del pasado estuvo signado por la violación sistemática de los derechos del acusado; la persecución de los presuntos ilícitos “de oficio”; la delación; la tortura; la parodia de la defensa en juicio; la parcialidad del tribunal; el secreto de las actuaciones y la aplicación de penas severísimas y crueles concebidas como expiación de los “pecados” religiosos y terrenales, sin proporcionalidad alguna con el supuesto ilícito cometido.

Escrutar el inicio y el apogeo del sistema inquisitivo supone introducirnos en un fenómeno que por su irracionalidad, crueldad y por el desprecio más absoluto de la dignidad humana deja bien a las claras que el derecho a un debido proceso –como se lo concibe contemporáneamente– ha sido una conquista jurídica muy difícil de al-

canzar. Desde la barbarie de la venganza privada hasta las formas “civilizadas” de juzgar se ha recorrido un largo y espinoso camino que todavía no ha culminado, puesto que no se ha logrado una adecuada síntesis entre la eficacia en el juzgamiento y las garantías procesales que se le deben a las partes. Además, ese “tránsito” no ha estado exento de grotescos retrocesos.

Teniendo en cuenta lo expuesto, cierro el tramo con una exhortación dirigida a la memoria colectiva de los pueblos que padecieron la Inquisición y que todavía hoy sufren las consecuencias de sistemas procesales inspirados en ese modelo: los hombres de Hispanoamérica deberían estar muy alerta para descalificar propuestas procesales que todavía destilan resabios inquisitoriales (por caso, aquellas que provocan confusión de los roles del acusador/demandante y el juez; procesos en los que se condena sin dar la debida audiencia al demandado, etc.).

La prevención también debe hacerse valer ante teorías “eficientistas” (tan en boga en estos tiempos “pos modernos” del derecho procesal) que invocan como valores supremos de la jurisdicción la rapidez en la solución de los conflictos y la búsqueda de la “verdad real” (sintomáticamente, los dos pilares centrales e históricos del ideario inquisitorial).

Entonces, son los estertores actuales y vigentes de aquel régimen los que demuestran bien a las claras que todavía se corre un riesgo muy tangible: retroceder hacia ese tenebroso pasado ideológico (que ya debería estar definitivamente sepultado). En todo caso, el peligro que se denuncia justifica –y con creces– la incursión histórica que desarrollaré a continuación en la medida

en que lleguemos a la convención que es muy útil refrescar los errores (nosotros diríamos más bien “horrores”) del antaño inquisitorial para evitar –a todo trance– reeditarlos en el presente (aún en sus formas más “suavizadas”).

2. *El nacimiento del sistema inquisitorial. El poder de los señores feudales. El surgimiento de los Estados Monárquicos. El papel de la Iglesia Católica. La concentración del poder*

El sistema de enjuiciamiento inquisitorial tuvo su origen en un conflicto de carácter netamente político, como bien lo explican Maier y Vélez Mariconde¹ “...durante la última parte de la Edad Media entran en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca. El rey pretende aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba bajo su dominio mediante una única forma de organización política central.

La lucha entablada se decide finalmente a favor del rey y de ese triunfo se abre paso –de manera genérica en la Edad Moderna– a la creación de los Estados nacionales, que aún hoy perduran como idea cultural y fundaron el sistema de organización política que se ha denominado absolutismo o monarquía absoluta.

La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía –legislar, juzgar y administrar– en un poder central. El monarca quedó consustanciado con el Estado mismo.

¹ Maier, Julio, ob. cit., p. 52.

Este período también refleja –a manera de conclusión de la Edad Media– el notable crecimiento de la Iglesia católica que impuso su idea de “universitas cristiana”, dejando huellas culturales muy profundas, en especial en el área jurídica y del enjuiciamiento penal.

En el campo del Derecho, la lucha entre el señorío local (feudal) y el poder central (real) se traduce como el avasallamiento del Derecho local, foral, germano, con fuente en la tradición popular por el derecho romano (“imperial canónico”).

Comienzan a sembrarse las semillas que harán el campo fértil para facilitar el advenimiento de la Inquisición.

3. *La recepción del derecho romano imperial.*

Causas de su imposición

El derecho romano era un derecho “culto” que se había conservado en Europa continental en las universidades y a través de sus principales códigos y de los glosadores italianos. Fundamentalmente, de la mano de la Iglesia Católica adquiere “universalidad”, finalidad que se logra por la creciente influencia y poderío de la organización eclesiástica.

Este fenómeno se conoce con el nombre de Recepción del Derecho romano-canónico y solo se registra en esa época y en Europa una excepción: Inglaterra.

Luego analizaremos por qué Inglaterra se mantuvo enfrentada a la corriente inquisitorial que se impuso en el derecho continental Europeo. De momento, nos interesa remarcar que el sistema denominado *common law* estuvo siempre ajeno a las prácticas inquisitoriales.

“...El derecho romano-canónico –explica Maier² se acomodaba perfectamente a la idea del imperio como “universitas cristiana” que tomó vigencia en esa época, especialmente en Alemania a través de Carlos V. Se logró así la superación del localismo que creó la invasión bárbara en el continente europeo impuesta luego de la caída del imperio romano. El resultado fue la consolidación de un fuerte poder central, depositario de todos los atributos de la soberanía, a través de las monarquías absolutas.

Antes de esta faena de “unificación del poder” la jurisdicción se encontraba dividida en pequeñísimas circunscripciones judiciales, según la visión fragmentada “del mundo” que proporcionaba la cultura germana. El desorden, la inseguridad y la incuria terminaron por provocar el desmembramiento de todo el aparato judicial que funcionaba bajo ese modelo.

Lo que hoy conocemos como garantías individuales para cualquier habitante –fundadas en la igualdad de todos ante la ley– reconoce sus primeras formulaciones en el Derecho feudal. Pero, entonces, eran tan sólo reducidos privilegios de la jurisdicción feudal que abarcaban a unos pocos, y, por el contrario, sometían a la mayoría de las personas –que no gozaban de esa prebenda– bajo el omnímodo señorío feudal.

Por lo demás, el combate judicial –duelo– que pretendía iluminar la razón por la vía de la exaltación de la fuerza física, fue lentamente reemplazado por el privilegio de designar un representante que “combatía” en

² Maier, Julio, ob. cit., p. 53.

lugar del interesado. Esta fórmula terminó operando como una modalidad de oprimir a los débiles (quienes gozaban de mayores recursos estaban en condiciones de ser “mejor representados” por una persona más vigorosa o competente para el duelo).

Finalmente, esa concepción rudimentaria fue sustituida por la tesis de la investigación de la verdad histórica, idea jurídicamente más refinada que representó un intento verdadero de racionalización del litigio.

Otro dato histórico explica la supremacía que alcanzaría el Derecho romano imperial: al ser fruto de una organización política y de una cultura superior no sucumbió conjuntamente con la extinción del “mundo político” que le dio origen. Por el contrario, pervivió entre los juristas, universidades italianas y en la Iglesia, no tardando en imponer sus ideas mucho más desarrolladas y elaboradas.

Pero la creciente idea inquisitorial –derivada de una nueva cosmovisión política– ostentaba ciertas debilidades: por lo pronto carecía de fórmulas precisas sobre las que apoyarse, razón por la cual el derecho romano imperial, luego de su asimilación y transformación, terminó por suministrar las formas adecuadas de realización de aquella idea.

Sucintamente estas fueron “las variables” que estaban presentes en “el mundo” en el que va a nacer y desarrollarse el sistema de enjuiciamiento penal (también extendido al procedimiento civil) que adquirió una triste celebridad y que fue conocido bajo el nombre de “la Inquisición”.

4. *El ámbito del enjuiciamiento penal canónico*

La Iglesia conservó la racionalidad del derecho ro-

mano y su espíritu de liberación y renovación social. En principio, bajo ese amparo, pudo ser considerada como el “mejor asilo” para los oprimidos. Pero pronto se advertirá que este anhelo no fue más que un manto ilusorio. El férreo dogma católico impregnado de intemperancia no resultó el marco propicio para aceptar el disenso de las ideas.

De otro lado, en la búsqueda de la expansión de la jurisdicción eclesiástica frente a los tribunales seculares se apeló a criterios que pretendían ampliar su competencia ante el poder temporal, tanto en el ámbito personal como en razón de la materia. Así reivindicó como privilegio exclusivo el juzgar a los clérigos, al comienzo por infracciones leves y, luego, por todas ellas. Ese fue uno de los primeros signos de la tendencia hacia la universalidad. Pero el afán de ampliar su campo jurisdiccional no terminó allí sino que prosiguió con el reconocimiento del privilegio de juzgar bajo el mismo rubro a ciertos laicos (los cruzados, los tonsurados, etc.) en proporción cada vez mayor.

Además, la jurisdicción eclesiástica también se adjudicó competencia para juzgar ataques directos contra la fe –herejías– competencia que fue luego ampliada para atender a una gran cantidad de infracciones, abriendo la posibilidad de juzgar a cualquier infractor que aparecía como contrario a los intereses de la Iglesia.

Fue Inocencio III –apoyado en la herencia del Derecho romano imperial de la última época– quien modifica totalmente las formas del Derecho canónico, introduciendo la Inquisición (siglo XII).

La confusión entre los ámbitos del poder temporal y el eclesiástico se patentiza en el juzgamiento de una

serie de delitos que quedaron atrapados por una “competencia mixta” (religiosa y/o laica). El nuevo cruce de competencias produjo innumerables conflictos que van a conducir, en la Edad Moderna, a una tenaz lucha por el predominio entre el poder real y el de la Iglesia, generando, a la postre, la necesidad de imponer reglas más precisas para la separación de ambos fueros.

5. La abolición del proceso acusatorio.

La reafirmación del sistema inquisitivo.

Principales directrices

Si bien en su origen la Iglesia practicó —como regla— el rito acusatorio, fue a partir de su expansión en Europa continental, de su lucha por la catequización y por la universalización (que incluso tornó necesario el combate armado con otras religiones no cristianas) que torció su rumbo encaminándose hacia prácticas inquisitoriales.

“...La abolición del procedimiento acusatorio comienza cuando se autoriza la denuncia —incluso anónima— como forma de iniciación de la investigación, primer paso para la admisión del procedimiento de oficio.

El procedimiento penal abrió sus puertas *per accusatorem*, *per denuntiationem* et *per inquisitionem*, pero, como el rumor público bastaba para proceder de oficio, esta última forma terminó dominando la iniciación del procedimiento una vez instaurada la Inquisición.

La investigación se constituyó en el eje central del sistema, y se completa la transformación del mismo cuando la jurisdicción eclesiástica dejó de ser practicada por las autoridades naturales (obispos y arzobispos) para ser ejercida por un cuerpo de monjes permanentes y dependientes de la autoridad papal.

El secreto de los procedimientos abolió la publicidad y la constancia escrita de los actos a la oralidad del juicio.

De un debate oral y público frente a jueces populares se giró ciento ochenta grados hacia la concepción opuesta: una investigación cumplida por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado de un sujeto del procedimiento, que enfrentaba al acusador en un plano de igualdad a constituirse en un objeto de la investigación que se practicaba.

A su vez, frente al “combate judicial” de los germanos —que caracterizaba su procedimiento probatorio— se abre paso, conforme a la herencia romana la “búsqueda de la verdad histórica”. Poniendo como norte descubrir “la verdad” se trataba de localizar a la mayor cantidad de “pecadores” y que cada uno de ellos expie su pecado. Políticamente, ello significó con el avance de los tiempos la afirmación, por cualquier medio, de la autoridad de la Iglesia.

Congruente con la idea de reafirmar la autoridad eclesiástica la tortura o tormento —no practicada por los germanos sino en casos excepcionales— retorna utilizada frente a todos los acusados (no sólo a los testigos esclavos o indignos que se los torturaba por ser incapaces de prestar juramento, como ocurrió en Grecia o Roma).

La confesión era el fin esencial del procedimiento —“el precio de la victoria”— así como la sanción representaba la exaltación de la penitencia. Por ende, cualquier medio útil para obtenerla se reputaba legítimo: la prisión, el ayuno obligado, la vigilancia para evitar actos privados del imputado o sorprenderlo en ellos y, por fin, el tormento físico³.

³ Vélez Mariconde, Alfredo, ob. cit., p. 99.

La aplicación de los “instrumentos” de tortura fue regulada específicamente, incluso como una suerte de “garantía” del imputado (grotesca, por cierto) tendiente a “moderar” (si se permite este eufemismo) su práctica indiscriminada y “acotar” (otro eufemismo) los riesgos físicos a los que se lo sometía.

Apelando a una licencia idiomática (o la ironía) los métodos de tortura se elevaron a la categoría de un procedimiento “científico” para averiguar “la verdad real”.

Como todo dependía de la legitimidad de la confesión y ésta era la prueba “tasada” por excelencia, se exigía que la confesión prestada primero bajo tormento fuere ratificada después sin él al día siguiente (para apreciarla recién como válida). La confesión espontánea buscaba, además, corroborar la perseverancia en la contrición.

“...Por supuesto, la posición del inquirido era trágica pues pierde toda posibilidad de defenderse, toda facultad como sujeto del procedimiento, reputándose de antemano como cierto el temor de que él obstruya la averiguación de la verdad, razón por la cual su prisión se transforma en una regla, significando también un método adecuado para la expiación...”⁴

Ya nos ocuparemos en el capítulo siguiente de detallar minuciosamente las principales características que asumió el procedimiento inquisitorial. Aquí, para entrar en materia, nos hemos limitado a anticipar las grandes directrices sobre las que se asentaba ese sistema.

⁴ Maier, Julio, ob. cit., p. 57.

6. El nacimiento de la Inquisición en España

Nos ilustra Chami⁵ –a quien seguimos en este tramo– que la Inquisición Española fue establecida por los reyes Isabel de Castilla y Fernando de Aragón en España a partir de 1478. Sus características resultaron, en alguna medida, independientes y bastante diferentes a la impuesta al resto de la cristiandad.

Si bien en España también funcionó la Inquisición Episcopal y la Inquisición Pontificia, la Inquisición –como método de juzgamiento generalizado– era casi desconocida en la Península hasta la fecha mencionada (1478). En Castilla, por caso, no existía tribunal de la Inquisición y los “delitos de la fe” se atendían en los obispados. La que se llevaba adelante, entonces, era la Inquisición “Episcopal” (que ejercían los obispos en su diócesis); pero éstos estaban ocupados en otros asuntos y le prestaban poca importancia a la herejía.

Pero este panorama comenzó a cambiar, de la misma forma que los acontecimientos se fueron desencadenando para dar lugar a la creación de los tribunales de la Inquisición Pontificia, también en España los hechos se sucedieron de tal forma que los reyes consideraron necesario crear la Inquisición Española. Se podría señalar como la primera causa del nacimiento de esta “Inquisición real” el fenómeno de conversión masiva de judíos, que se produce durante las revueltas y motines anti-judíos de 1391.

⁵ Chami, Pablo A., *Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardí*. Art. extraído de internet. Junio 1999.

6.1. Características propias de la Inquisición Española

A mediados del siglo XV encontramos en la península Ibérica varias clases sociales:

a) los reyes y la nobleza: que ostentan el poder, manejan las armas, hacen la guerra a los moros, son dueños de las tierras y desprecian el trabajo manual;

b) el pueblo: que es esclavo de la gleba, o sea que depende de los señores feudales y se dedicaban a cultivar la tierra. Eran incultos e iletrados.

c) el clero –que depende de Roma– y está agrupado en conventos de diferentes órdenes. Las dos órdenes más importantes fueron los dominicos y los franciscanos. Mientras los primeros estaban rodeados de pompas y boatos, los segundos fueron monjes mendicantes, que pregonaban el ascetismo, la vida dedicada a la oración y dependían directamente de Roma, no del obispo local. Dominaban el saber, los libros y las bibliotecas: son los cristianos educados;

d) las minorías de otros credos: judíos y moros. Los moros son el pueblo vencido que retrocede a medida que los cristianos conquistan el territorio hasta concentrarse finalmente en Andalucía, en la provincia de Granada.

“...Los judíos, que habitaban la Península desde tiempos inmemoriales, son habitantes urbanos, que ejercen toda clase de oficios, hasta los más elevados como consejeros de los reyes; son letrados y conocen la contabilidad y la numeración decimal. Las leyes de los diferentes reinos limitan cada vez más las posibilidades de trabajo de los judíos impidiéndoles ejercer diversos

oficios. Sus actividades eran cada día más restringidas y fueron obligados a vivir en barrios determinados; hay un intento de excluirlos de la vida económica.

En este panorama se insertan “los conversos”, llamados también “marranos o cristianos nuevos”, en contraposición a los “cristianos viejos o lindos” que son los originarios cristianos. Los “conversos” observan que al cambiar de religión los impedimentos que tenían como judíos son eliminados y tienen acceso a todos los oficios y puestos del reino, que antes les eran vedados.

Enseguida comienzan a escalar posiciones en las cortes de España por su capacidad y sabiduría, aventajando a los “cristianos lindos”, situación que generaría no pocos conflictos...”⁶.

6.1.1. El descontento de los “cristianos viejos”

Con el correr del siglo XV estos judíos conversos (“cristianos nuevos”) despiertan la envidia y los celos de los “cristianos viejos” y comienzan las intrigas y las demandas en su contra.

Según Chami “...La sucesión del trono de Castilla luego de la muerte del rey Enrique IV recae en su hermana Isabel en el año 1465. Isabel contrajo matrimonio con Fernando, sucesor del trono de Aragón, por lo que ambas coronas se unieron a la muerte de Juan II de Aragón.

Era confesor de la reina Isabel, Tomás de Torquemada, prior de los Dominicos e influyente en la Corte. Torquemada

⁶ Chami, Pablo A., *Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardí*. Art. extraído de internet. Junio 1999.

se hizo eco de las protestas de los cristianos viejos y comenzó a predicar acerca de la conveniencia de crear la Inquisición en Castilla.

En 1478 se produce un acontecimiento fortuito: se descubre en Sevilla a un grupo de cristianos nuevos que hacían ceremonias extrañas a la religión cristiana. Esto convence a la reina, quien ordena a los embajadores de España en Roma que pidan al Papa la creación de la Inquisición en Castilla y Aragón. El Papa Sixto IV expide una bula en noviembre de 1478 que autoriza a los reyes de España a nombrar inquisidores para llevar adelante la tarea.

Se crea así “El Tribunal inquisitorial” y se designa a los primeros inquisidores. Se levanta la acusación de herejía y luego de un “proceso” (por llamarlo de alguna manera) los principales autores son condenados a la hoguera, hecho que se consuma en el primer “auto de fe” ocurrido en Sevilla el 6 de febrero de 1481, en el “quemadero de la Tablada”.

6.1.2. *El establecimiento de la jurisdicción inquisitorial en los reinos de España*

El establecimiento de la Inquisición en España no fue acatado en todas las ciudades con igual beneplácito. En algunas regiones hubo una fuerte oposición: en el reino de Nápoles –vasallo de Aragón– nunca pudo establecerse por la oposición de los Barones que, directamente, no la admitieron. Pero, finalmente, la Inquisición fue extendiéndose cada vez más y quedó firmemente impuesta de la mano de Torquemada en toda la Península Ibérica, salvo en Portugal, Navarra y Granada, (todavía esta última era un baluarte moro).

La Inquisición tuvo el principal papel durante la expulsión de los judíos de España; más tarde se ocupó de la persecución de brujas; luego persiguió a los protestantes en el siglo XVI y XVII y, finalmente, en el siglo XVIII la emprendió con los masones y contra los seguidores de la ilustración y de la Revolución Francesa.

Desde otro ángulo, la Inquisición se extendió al campo de la cultura generando continuos “Índex” (catálogo de los libros prohibidos editados en España y las colonias) determinando “qué se podía leer y qué no”.

En el siglo XVIII, la falta de víctimas y el coste creciente de las ceremonias públicas supuso la caída gradual y el desuso de los “autos de fe”. Felipe V, de la recién entronizada Casa de Borbón, fue el primer monarca español que se negó a asistir a un auto de fe que fue celebrado en 1701 para festejar su ascensión al trono.

Durante el reinado de Felipe V, España gozó del final de la persecución en masa de personas por parte de los tribunales inquisitoriales. En la segunda mitad del siglo, la Inquisición ya celebraba sólo “autos privados”. Conste que no se debe atribuir esta merma de la actividad persecutoria a un aumento de la “tolerancia” inquisitorial. La causa pasaba por otro andarivel: es que los hereéticos ya habían sido purgados con tanto “éxito” que al acabar prácticamente con su existencia, el tribunal inquisitorial se privó a sí mismo del “combustible” para sus hogueras.

6.2. *La Inquisición en América*

La conquista y colonización hispánicas en América –cualquiera fuere el juicio político que se abra sobre ellas– significó la imposición física y cultural de un pueblo sobre

otro, de una cultura sobre otra. Étnicamente, la civilización indígena perdura como realidad actual en muy pequeñas proporciones, muchas veces ya desnaturalizada. Aún en el esplendor de ciertas culturas (mayas, aztecas, incas) las leyes por las que se regían los naturales de estas tierras nunca alcanzaron la importancia del orden jurídico impuesto por los conquistadores.

Latinoamérica, hasta la actualidad, exhibe un “Derecho de recepción” (nos agrada o nos disgusta) y ello no debe asombrar, pues los fenómenos indicados y el asentamiento masivo de poblaciones europeas en América constituyó un hecho real y palpable.

6.2.1. *La creación de los tribunales de la Inquisición en América*

A mediados del siglo XVI en Hispanoamérica los españoles ya están firmemente establecidos en México y en Perú. En estas colonias había un porcentaje importante de “cristianos nuevos” (judíos conversos).

Surgen, entonces, reclamos para nombrar un tribunal de la Inquisición. El rey Felipe II, por la real cédula del 25 de enero de 1569, crea los tribunales de la Inquisición en la “ciudad” de México y Lima. El tribunal de Lima, tenía jurisdicción sobre las tierras que conforman Argentina, Chile, Paraguay, Bolivia y Uruguay, además del propio Perú.

También tenía jurisdicción sobre lo que hoy es Ecuador, Colombia y Venezuela, hasta que en el año 1610 se crea el último tribunal de América en Cartagena de Indias, que tiene jurisdicción sobre estos últimos territorios.

La jurisdicción del tribunal comprendía los obispados

de Panamá, Quito, el Cuzco, Los Charcas, Río de la Plata, Tucumán, Concepción, Santiago de Chile y todas las provincias y señoríos del Perú.

La diferencia principal de los tribunales americanos con respecto a los de la Península Ibérica era que el tribunal no tenía jurisdicción sobre los indios; solamente procuraba su evangelización. Su principal objetivo, en rigor, era erradicar de las Indias a los “cristianos nuevos” –sospechosos de judaizantes– y a los protestantes.

El primer “auto de fe” tuvo lugar en Lima el 15 de noviembre de 1573 y el primer “relajado”, o sea quemado, fue Mateo Salado, de nacionalidad francés, por el hecho de sostener la religión luterana.

Lo cierto es que los delitos penados por la Inquisición eran muy variados. El auto de fe más importante fue el del 23 de enero de 1639. En él fueron quemadas once personas por judaizantes; entre ellos se inmoló al tucumano Francisco Maldonado da Silva, descendiente de portugueses (cuya patética historia fue contada por Marcos Aguinis en la novela “La gesta del Marrano”).

Es importante hacer notar que la concurrencia masiva del pueblo a los autos de fe se lograba brindando una indulgencia plena a los asistentes, es decir, que muchos concurrían a los mismos por un “interés propio” más que por plena adhesión al acto de barbarie que se perpetraba. En el capítulo siguiente describiremos minuciosamente en que consistía el “acto de fe”.

6.2.2. *Intento de crear un Tribunal de la Inquisición en la Argentina*

A pesar de haber soportado la “importación” del sistema inquisitivo a toda América latina, es común entre

los historiadores sostener que en la Argentina nunca imperó la Inquisición.

Esto es un eufemismo, una forma de minimizar las cosas y de apartar a las mentes inquietas de algunas preguntas comprometidas. Lo que sí puede afirmarse es que no había Tribunal de la Inquisición en lo que es actualmente el territorio de la República Argentina, pero igual llegaron los tentáculos de la Inquisición a estos lares.

En el siglo XVII, por caso, surgió la idea de crear un tribunal de la Inquisición, ya fuera en Córdoba o en Buenos Aires. Los motivos alegados eran que por el puerto del Río de la Plata ingresaban portugueses judaizantes y también se introducían libros prohibidos; finalmente esta idea no fue aprobada por la autoridad española.

6.3. *El lento ocaso de la Inquisición Hispanoamericana*

En el siglo XVIII la actividad del Tribunal inquisitorial empezó a reducirse. Hubo una sola ejecución: María Francisca Ana de Castro, por judaizante. La mayor actividad se remitió a investigar la circulación de libros prohibidos; los escritos de los enciclopedistas franceses y de aquellos autores que estaban a favor de las formas de gobierno republicanas, como Voltaire y Rousseau.

También se ocupó de perseguir a los masones que profesaban ideas que la Inquisición consideraba no ortodoxas. Pero la influencia y el poder del sistema inquisitorial fue disminuyendo a pasos agigantados y ya podía augurarse en el siglo XVIII el ocaso de este perverso sistema, si bien su extinción formal recién se concretó en el siglo XIX.

7. *La Ordenanza Carolina y el derecho inquisitivo alemán*

Volviendo al estudio de la Inquisición europea comenzaremos por analizar lo acontecido en Alemania. El fenómeno inquisitorial en Alemania muestra características propias. Adviértase que esta nación soportó dos veces consecutivas –en la época moderna– la invasión cultural del derecho extranjero.

Observa Maier⁷ que la recepción del derecho romano-canónico constituye la primera de ellas. La implantación del sistema inquisitivo cierra, para el derecho procesal germano, toda una época de ideas y desarrollo propios, para comenzar otro período en el que se produjo la asimilación del derecho extranjero.

La segunda “invasión” se inicia con la creación de la Ordenanza “Carolina” (1532), conocida oficialmente como “*Constitutio Criminales Carolina*”.

Sin embargo, el derecho contenido en ella, aun cuando de fuente romana, no desplazó totalmente el derecho germano. Bajo un manto aparente de justicia germana y de respeto por el principio acusatorio y la audiencia pública, se destaca nítidamente la influencia del derecho romano imperial de los últimos tiempos –a través del derecho canónico– y su idea de la persecución penal pública u oficial, máxima “madre” del procedimiento

⁷ Maier, Julio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos [La ordenanza procesal penal alemana]*, vol. I, Introducción, 2, A, p. 28 y sigs., Ed. Depalma, Buenos Aires, 1978.

inquisitivo. Se da también origen a la concepción del proceso penal como instrumento para averiguar la “verdad histórica” y se echa por tierra la idea, el sentido y la praxis germana sobre la prueba. Así ingresa Alemania a la Inquisición.

La “Carolina” conservó la idea del tribunal germano compuesto por el juez y los escabinos, pero destruyó su sentido popular que pasaba por colocar a un juez director del debate y un colegio sentenciador que juzgaba solamente por lo que percibía en ese debate. El juez pasó a colaborar activamente en la decisión y, por su prestigio y experiencia, jugaba en ella un papel preponderante⁸.

Se produjo un fortalecimiento de la posición del juez letrado y ello provocó para el procedimiento una variación fundamental: del debate oral y en presencia de los jueces que debían fallar, del acusador y del acusado, se pasó a la recopilación escrita de los actos (protocolización) sin necesidad de la presencia de todo el colegio sentenciador y los demás sujetos del procedimiento (la delegación es consecuencia necesaria de la escritura).

Si bien conservó algunos rasgos del sistema acusatorio privado germano (la promoción del procedimiento y el papel de acusador estaban reservados al ofendido); a su lado, surge dominante la persecución de oficio.

El principio acusatorio fenece al no exigirse más –como necesidad absoluta– la existencia de una acusación para someter a proceso a una persona; ahora, además, el juez de oficio puede asumir ese papel, ya porque indicios suficientes fundan la sospecha sobre la existencia

⁸ Maier, Julio B. J., ob. cit., p. 28 y sigs.

de una infracción y sobre su autor, ya porque el mero rumor expandido confirma la imputación. Es la realización de la máxima del derecho canónico acerca de la promoción *per accusationem, per denuntiationem y per inquisitionem*.

La existencia de dos formas de iniciación del procedimiento (acusación privada o de oficio) no debe conducir a confusiones; ellas permitirían suponer la existencia de dos tipos de procedimientos, uno dominado por la idea acusatoria del proceso de partes y el otro por su opuesta: la de la Inquisición, cuando, en realidad, existió un único tipo de procedimiento gobernado por la intervención excluyente del juez, permitiéndose sólo su iniciación por acusación, pero importa remarcar que su trámite posterior estaba dominado totalmente por el sistema inquisitivo.

El procedimiento pierde, además, su continuidad y concentración, transformándose, por imperio de la escritura, en una investigación (pesquisa/ encuesta) compuesta por una serie discontinua de actos fehacientemente documentados que el juez lleva a cabo uno tras otro hasta que considera reunidos todos los elementos útiles para resolver el caso.

En el sistema de la prueba es donde surgen las principales modificaciones y donde la disciplina legal ilumina con mayor nitidez la recepción de formas extranjeras.

El sistema germano subjetivo, ya explicado, deja paso al romano, más racional y científico, cuya meta estaba representada por la reconstrucción histórica objetiva de un acontecimiento que, hipotéticamente, había sucedido antes. El testimonio y la confesión adquieren rango jerárquico superior y se comprenden –no a la mane-

ra germana del juramento auxiliador y del allanamiento a la acusación— sino como medios para lograr la “verdad” sobre la imputación. En resumen las Instituciones fundamentales del derecho probatorio fueron: el sistema legal de valoración de la prueba y el tormento.

El sistema de prueba legal se aprecia por un sinnúmero de reglas que determinan la solución fáctica del caso según los elementos existentes (condiciones positivas y negativas para afirmar o negar un hecho).

Así, el hecho resultaba probado si concurrían a verificarlo dos o tres —según los casos y delitos— testigos hábiles y dignos de fe —sin tachas— o existía confesión del imputado.

La minuciosa teoría de los indicios y su valor probatorio es otro de los logros de la Carolina, intentando sistematizar en abstracto el valor apreciativo que poseía la prueba sobre un objeto indirecto, es decir, sobre un hecho distinto pero conectado al que constituía el objeto de investigación.

En teoría, se limitaba el poder del juez en la decisión, pues no importaba su convicción particular, ni la que transmitía en concreto un medio de prueba, sino que la solución derivaba, directamente, de la aplicación de reglas jurídicas que tasaban ese valor.

Ello, a la par de otros elementos ya observados, debió conducir también a la destrucción del sentido del colegio sentenciador popular germano.

La dificultad de probar una imputación acabadamente, conforme a reglas tan estrechas y abstractas sobre el valor del conocimiento de personas extrañas al hecho investigado, condujo al valor extremo que se atribuía a la confesión, como elemento de prueba dominante. Y ese valor

de la confesión, natural en el procedimiento escrito, condujo, a su vez, a la tortura.

La Carolina desarrolló una reglamentación “cuidadosa” de la tortura o tormento para obtener la confesión. Por caso, la aplicación del tormento dependía de una sentencia intermedia —finalización de la *inquisito generalis*— que fundara la sospecha sobre la comisión de un hecho punible por una persona determinada con la semiplena prueba o ante una cierta cantidad de indicios.

Además, antes de aplicar el tormento ordenado el imputado es interrogado, en presencia del juez, dos escabinos como testigos y el actuario del tribunal, e intimado a responder la verdad bajo amenaza de tortura. También, antes de su aplicación se le concede la oportunidad de eliminar la sospecha que hizo posible la orden de atormentarlo, mediante prueba en contrario que conduzca a la afirmación de su inocencia; si no conseguía eliminar la sospecha, se procedía a torturarlo para obtener su confesión y, obtenida la confesión, ella debía ser cuidadosamente verificada por preguntas cercanas al hecho que permitieran averiguar si era verdad lo que confesó; todavía esa confesión (bajo tormento) debía ser ratificada libremente (sin tormento) uno o varios días después.

La sentencia era el producto de la deliberación del juez y de los escabinos sobre la base de actas escritas y secretas que contenían la investigación del inquisidor sobre “la verdad” de la imputación; se lograba por mayoría y versaba sobre la condena o la absolución.

La Carolina no conoció la “absolución de instancia” del procedimiento posterior. Tampoco conoció recursos contra la sentencia.

El tribunal era convocado “replicando campanas” y todos los que intervenían en el antiguo procedimiento de partes (juez, sentenciantes, acusado, acusador y relatores, en su caso) participaban de una audiencia oral y pública que comenzaba con el relato de la causa, seguía con el interrogatorio del imputado, reproduciéndose su confesión inquisitiva por los dos escabinos presentes (en caso de negación por el acusado) y terminaba con la pregunta del juez al colegio sentenciador acerca de la decisión, contestando ellos por remisión a la sentencia ya deliberada y escrita, que se leía a continuación.

Según se observa, el supuesto renacimiento de las formas acusatorias al final del procedimiento germano (oralidad, publicidad, etc.) a más de tardío, constituye una solemnidad formal pero sin el contenido genuino del ideal que inspiraba el originario proceso acusatorio.

7.1. Síntesis del sistema de enjuiciamiento previsto por la Ordenanza Carolina

Hasta comienzos del siglo XIX, la idea inquisitiva de la jurisdicción y del procedimiento penal sigue desarrollándose según las pautas antes explicadas.

La ideología inquisitiva responde a la concepción absolutista del Estado —en la teoría política— y a la progresiva publicidad del Derecho penal —en la teoría jurídica—; concibiendo al delito como un ataque al “orden social” y a la “organización estatal”. Por tanto, la persecución y el juzgamiento penal se transforma de una “cuestión popular” a una tarea netamente autoritaria (cuestión de Estado).

Para concluir en este tramo, compartimos con Maier⁹, la utilidad de resumir las transformaciones principales a que conduce la radicalización del tipo inquisitivo y del procedimiento penal impuesto por la “Ordenanza Carolina”.

a) Desaparece, como depositario del poder jurisdiccional, el elemento popular que aún se conservaba en el colegio sentenciador, transformándose en “testigo” de actuación para certificar la existencia y la validez de los actos procesales que llevaba a cabo el tribunal, de suma importancia para “validar” la confesión obtenida bajo tormento y su ratificación posterior.

b) Se forman colegios judiciales compuestos por jueces letrados permanentes, con la particularidad de depender de la autoridad del príncipe gobernante, de acuerdo con la concepción absolutista del Estado.

c) El juez unipersonal adquiere gran significado pues a él se le confía toda la tarea de investigación que se asienta en actas sobre cuya base se decide conjuntamente en un colegio judicial que él mismo integra o, por sí sólo, en los casos leves.

d) El Soberano del Estado ocupa el lugar supremo en la organización judicial ejerciendo la función jurisdiccional por sí mismo o por sus delegados, aún avocándose a causas pendientes ante otros jueces o reformando sus sentencias, rasgos típicos de la dependencia y verticalidad judicial respecto del poder político.

e) Se abre paso a la justicia “de funcionarios”, incluso de los funcionarios policiales de amplio desarrollo hasta nuestros días.

⁹ Maier, Julio, ob. cit., p. 74.

f) Evolucionan lógicamente la promoción de oficio del procedimiento, pues se suprime el derecho de acusar del ofendido. Las acusaciones fueron cada vez más raras –por la responsabilidad que adquiriría quien las formulaba– y porque el desarrollo cada vez mayor de la promoción de oficio del procedimiento y su conversión en tarea obligatoria de ciertos funcionarios le permitieron al ofendido recurrir al expediente mucho más cómodo de la denuncia o de la delación.

g) Comienza a desarrollarse una institución, que, atravesando por el *procureur du Roi francés*, conducirá a la actual organización del Ministerio Público.

El “Fiscal”, según su nombre lo indica, tenía originariamente a su cargo defender los intereses económicos del soberano y procurar por ellos, pero, lentamente, va transformándose en un acusador público representante del soberano.

Su tarea es diversa: unas veces ocupa el lugar de un verdadero acusador en la Inquisición especial (una vez finalizada la Inquisición general) y en otras se transforma en un inquisidor, como investigador directo en representación del soberano o por el encargo que le formulaban las autoridades judiciales, y aún –excepcionalmente– era el realizador y director de un tipo especial de procedimiento establecido para las infracciones reprimidas con pena pecuniaria.

h) El imputado pierde la posición que ostentaba como sujeto de derechos (en el antiguo procedimiento penal germano); y pasa a ser el objeto de la Inquisición; pierde su libertad y cae bajo la tutela del Estado policial.

Su encarcelamiento preventivo se transforma en regla, por lo menos durante la Inquisición especial, y aun-

que tiene el derecho de elegir un defensor, que en algunos casos se le nombra de oficio, éste no participa en el procedimiento más que para presentar un escrito de defensa después de recibida toda la prueba, reconociéndosele una intervención aún más débil que la que pertenecía a los “oradores de parte” en el proceso germano antiguo.

i) El procedimiento, que en la ordenanza Carolina conservaba cierto rastro de oralidad y publicidad, lo pierde al final del desarrollo procesal germano ahora por completo, pasando a documentarse en actas escritas y a llevarse a cabo “a puertas cerradas”.

Consta de dos partes perfectamente divididas, a semejanza del derecho canónico:

- la Inquisición general, sin formalidades rigurosas, que procura determinar el *corpus delicti* y la sospecha sobre el autor o partícipe, y;

- la Inquisición especial, procedimiento formal dirigido contra una persona determinada, minuciosamente regulado.

El procedimiento posterior suaviza y borra los límites estrictos entre una y otra faz del procedimiento y, además, otorga preeminencia a la etapa preliminar (de pura investigación), desdibujando su carácter preparatorio.

j) El Derecho sobre la prueba también se radicaliza. Por una parte, la aplicación de tormentos arriba a su punto culminante pues desaparecen casi todos los límites de la tortura. Se permite atormentar aún sin reunirse los indicios suficientes que fundaran la sospecha acerca de la participación del imputado en el hecho punible o la semiplena prueba de esa participación, y, además, se admite la repetición “al infinito” del tormento hasta lograr la confesión, bajo el rótulo de “prosecución de la tortura ya comenzada”.

El método adquiere un rigor inimaginable, en especial en los procesos contra brujas y herejes lo que condujo, sobre el final de esta época a una reacción adversa, no sólo en Alemania sino en toda Europa continental.

8. La decadencia del sistema inquisitivo en Alemania

Las penurias, el descontento, la inexistencia de una auténtica defensa en juicio, la omnipotencia del Tribunal, en fin, las groseras injusticias provocadas por el sistema inquisitivo estaban preparando el camino para que los primeros representantes del “iluminismo”, Christian Thomasius, el marqués de Beccaria (Italia) y Von Sonnenfels, lograran poner en marcha una línea de pensamiento inverso al que animaba la Inquisición. Esta contra-cultura inquisitorial toma tal fuerza que logra la supresión total de los procesos de brujas y herejes y de la tortura. Ello sucede durante el siglo XVIII.

En Prusia, acota Maier, una de las primeras medidas de Federico el Grande (1740) fue prohibir el uso del tormento, salvo para los delitos graves. Pero ya entre 1754 y 1756 la tortura fue abolida totalmente, también para los crímenes graves. La supresión prosigue en Austria en 1776 y en Bavaria en 1806. Sin embargo, la desaparición de la tortura no significó un cambio inmediato y radical del sistema de persecución penal; se tradujo, antes bien, en un cambio de método pues la confesión siguió siendo “la meta” del juez inquisidor, desarrollándose a partir de allí un “arte judicial” para obtener del imputado el reconocimiento de la infracción y su participación en ella; la tortura dejó paso al interrogatorio inquisitivo (indagatoria), que procura-

ba sorprender al imputado y no iba dirigido, como lo regulan las leyes posteriores a la reforma procesal penal del siglo XIX, a procurar un medio de defensa material para el mismo.

Para que el acusado se transformara en un sujeto incoercible –como órgano de prueba del procedimiento penal– debió esperarse aún algunos años. En suma, la última etapa del procedimiento inquisitivo elimina la tortura pero no modifica sustancialmente el sistema de enjuiciamiento.

Por otra parte, el sistema legal de valoración de los elementos de prueba, tendiente a alejar la posibilidad de un error en la apreciación judicial, continúa desarrollándose en reglas que determinaban condiciones para afirmar cuándo existía *probatio plena* y cuando *probatio imperfecta*.

Sin embargo, la exageración transformó lo que partió de un progreso evidente si se lo compara con la práctica probatoria del derecho germano (ahora, en busca de la verdad “histórica objetiva”) en una verdad puramente “formal”, consistente en la afirmación de que se habían reunido o dejado de reunir ciertas condiciones impuestas por la ley a fin de tener a un hecho por probado o por no probado.

La decisión final del procedimiento ofrecía cuatro posibilidades:

- condena a una pena ordinaria, en caso de plena prueba;
- condena a una pena extraordinaria, cuando no se alcanzaba la plena prueba o se contaba sólo con indicios vehementes de culpabilidad;
- la absolución de la instancia, para cuando no re-

sultaba esclarecido el hecho, pero aún restaba la sospecha que dio origen al procedimiento, decisión con efecto de cosa juzgada “formal” hasta que la probable adquisición de nuevos elementos permitieran continuar la persecución penal y:

- absolución por demostración de la inocencia, decisión que adquiriría el carácter de cosa juzgada material.

El pronunciamiento de la sentencia tampoco era público, como en “la Carolina”, siguiendo la regla del secreto del procedimiento para los extraños a él y sucediendo a puertas cerradas.

Se afirma la posibilidad de reexaminar el caso y su solución mediante recursos que requerían la intervención del príncipe (soberano) o de autoridades judiciales jerárquicas e, incluso, tal posibilidad se prescribe como obligatoria y funcionando de oficio para los casos de mayor importancia.

Comienza a delinearse la prohibición de la *no reformatio in peius* cuando recurría únicamente el imputado.

9. Conclusiones sobre el desarrollo del sistema procesal en Alemania

Después de este recorrido histórico por el Derecho Procesal germano creemos que han quedado esclarecidas las distintas etapas y transformaciones que fue sufriendo el mismo, en especial, su tránsito de un proceso acusatorio a un proceso severamente inquisitivo.

También se ha verificado cómo fueron cediendo las prácticas inquisitivas hasta llegar a su paulatina extinción, no sin antes tener que sostener duros embates contra una ideología y su herencia cultural y jurídica que se instaló durante siglos.

10. El derecho inquisitivo francés. *La Ordenanza criminal francesa de 1670*

Francia no fue una excepción a la corriente inquisitorial que atravesaba el continente europeo, sino, por el contrario, una confirmación de la consolidación política y jurídica encaminada en esa misma dirección.

“La pujanza de la jurisdicción eclesiástica, la reforma del derecho canónico, introduciendo la persecución de oficio y suprimiendo el duelo judicial por un sistema más objetivo y “científico” (de búsqueda de la verdad real) y la afirmación del Estado nacional bajo el dominio de un monarca, soberano absoluto. Ambos factores no tardaron en conducir al derecho laico a los mismos principios reguladores de la persecución penal inquisitorial.

La Ordenanza Criminal de 1670, obra legislativa cumbre del sistema inquisitivo, no hará más que instrumentar el sistema que ella organizó y pulirlo en detalles y técnica, agravando su rigor. A ese modelo, como culminación y prototipo de la recepción francesa del sistema inquisitivo, nos referiremos a continuación.

El motivo real de la Ordenanza Criminal del año 1670 fue terminar con el caos en la administración de justicia, ordenando y eliminando, por una parte, las distintas jurisdicciones y oficios judiciales existentes en el reino y, por la otra, el procedimiento y legislación aplicable, de modo tal de obtener certeza en la administración de justicia conforme a las ideas políticas absolutas dominantes por esa época.

La persecución penal se torna absolutamente pública. Sin excluir el procedimiento de “oficio” a cargo de

los propios jueces, el verdadero acusador era el procurador del rey (el procurador fiscal o el procurador del señor), funcionarios que ejercían la acción penal pública, según estaba impuesto con anterioridad a la Ordenanza de 1670.

Se admitía, también la intervención de personas privadas –del ofendido o los legitimados para obrar por él–, y aún su poder de provocar el procedimiento, como sucede hoy en el derecho procesal francés, pero no como acusadores penales, sino al sólo efecto de perseguir su interés privado, reclamando los daños que el hecho punible les había provocado (parte civil).

El imputado pierde, en realidad, su carácter de sujeto del procedimiento para transformarse en un objeto de la investigación.

En principio, su defensa y asistencia técnica son negadas, incluso como consecuencia del secreto del procedimiento, lo que conduce a la pérdida de la mayoría de las facultades que distinguen a un sujeto de derechos y a la incomunicación del detenido.

La pérdida de su libertad ambulatoria, su sometimiento a la prisión durante el procedimiento, se transforma de la “excepción” a “la regla” y las medidas de coerción personal –entre ellas la tortura para obtener su confesión– alcanzan tal intensidad que terminan por constituirse, históricamente, en la impronta cultural que caracteriza a este tipo de enjuiciamiento penal.

El ejercicio del poder penal por el Estado alcanza su cumbre histórica.

Ciertos límites en la tortura o la posibilidad de reclamar la intervención directa del rey para que ejerciera su poder de gracia, no representan, en realidad, faculta-

des del imputado, sino auto-limitaciones del poder penal del soberano y derivaciones del ejercicio absoluto de ese poder por aquél en quien residía la soberanía.

El procedimiento seguía tres principios rectores:

- no representaba un debate al cual cada parte acudía en defensa de su interés con iguales facultades que su contraria, sino que se reducía a una investigación “oficial” de la verdad;

- esa investigación era secreta y se documentaba en actas escritas; investigación, secreto y escritura, representan caracteres absolutamente unidos para alcanzar las metas perseguidas por la Inquisición: la represión (expiación) de todos los hechos punibles para mantener la “paz pública” y el orden político establecido.

- La última de las notas que caracterizaba este sistema de enjuiciamiento es la teoría de las “pruebas legales”, sistema de valoración de los medios de prueba para arribar a una decisión sobre el hecho consistente en la determinación legal de los elementos probatorios con los que se debe contar para estimar como cierto un hecho; representa el reemplazo de la convicción personal (íntima) del juez, libre al apreciar el valor de los elementos de prueba incorporados durante el debate, que caracterizaba al antiguo sistema, por la “tiranía de la ley”, que, en abstracto y por anticipado, sin relación al caso concreto, determina la solución del caso.

El sistema exigía que el tribunal, para condenar, reuniera ciertos elementos de prueba que, así, condicionaban la condena; pero, por otra parte, es también claro que el juez, en ese caso, estaba obligado a pronunciar la condena, con prescindencia de su convicción personal.

También en este rubro la idea de la jurisdicción, como

poder delegado por “el príncipe” puede proporcionar otra explicación política del método.

Así, arribaba la teoría de las pruebas a su culminación: fijar las condiciones para considerar al imputado como autor o partícipe del hecho.

Puede observarse que la tortura, bien que derivada políticamente del fin absoluto de averiguar la verdad, como meta del procedimiento penal, emana directamente del sistema de valoración probatorio instituido, pues las exigencias para reunir una prueba completa tornaron necesario, en casi todos los casos, para arribar a una condena, la confesión del imputado. De allí que, verificado un hecho punible y existiendo indicios que fundaran la sospecha sobre él (semiplena prueba), el camino indicado era su propia confesión voluntaria o su sometimiento a los tormentos.

11. *Comparación entre los sistemas inquisitivos de Alemania y Francia*

Existen notorias similitudes entre los sistemas de procesamiento inquisitivos alemanes y franceses. No podría ser de otra forma ya que ambos están imbuidos de la misma ideología, adoptan similar método de juzgamiento, persiguen fines iguales y le adjudican a la pena una finalidad parecida. La oscuridad de la Inquisición fue una mancha cultural y jurídica que alcanzó por igual a los principales Estados Nacionales Europeos, con ligeras variantes, propias de la idiosincrasia de cada pueblo y gobierno, pero manteniendo sus rasgos más negativos de forma inalterada.

12. *El Sistema Inquisitivo en Italia*

Compartimos con Maier la idea de diferir el análisis del derecho italiano inquisitorial para esta parte final de la exposición sobre los sistemas inquisitoriales. La opción puede parecer arbitraria (si se tiene presente que fue en esa nación donde se conservó el derecho romano imperial a través de sus brillantes jurisconsultos, glosadores y postglosadores y de sus academias de Derecho).

La explicación de adoptar esta secuencia se funda en los argumentos que brinda el propio Maier¹⁰.

“...Debe destacarse una característica que marcó cierta distancia en el modelo de Inquisición italiano: el diferente desarrollo político de lo que hoy conocemos como nación italiana a contrario de lo que sucedía con el resto de Europa, donde comenzaban a nacer por esa época los Estados nacionales y se consolidaba como sistema político inherente en ellos. La monarquía absoluta en Italia presenta un cuadro de disgregación profundo –las llamadas “libertades municipales”– dividida en pequeños Estados-ciudades, gobernados por reyes o príncipes, tiranos absolutos, en lucha entre ellos, que no permite ubicar una ley suficientemente universal y de trascendencia histórica que fuera uniforme para sustentar la base de un estudio común.

¹⁰ Maier, Julio, ob. cit., p. 97. Una lista de los principales glosadores y postglosadores con influencia en el Derecho Procesal Penal, sus obras y las universidades en que cumplieron su tarea puede verse en Manzini, *Derecho Procesal Penal*, cit., t. 1, N° 5 ter, p. 14 y sigs.

Quizás, es también por ello que la Inquisición italiana —o mejor dicho, las diversas maneras de proceder según este sistema en las ciudades italianas— no alcanzó nunca el rigor que la caracterizó en España, Alemania y Francia, a pesar de que los juristas italianos fueron los precursores y los expositores jurídico-científicos de los principales institutos que incorporó ese método de persecución penal (la competencia determinada por el lugar del hecho, el procedimiento escrito y secreto, la persecución ex officio, el sistema de pruebas legales, las presunciones, el valor de la confesión, la tortura), acerca de los cuales la bibliografía italiana de la época es bastante más abundante y desarrollada que la de las demás naciones.

A la vez, el derecho canónico, cuna del sistema inquisitivo, tuvo allí también su nacimiento, desarrollo y transformación, y sus principales expositores (canonistas), se expandieron desde allí hacia el resto del continente europeo.

Por lo demás, Italia también sufrió la invasión bárbara y, por ende, con la dominación de los lombardos, conoció y aplicó el derecho germano en sus instituciones principales (la composición, la acusación privada, el debate oral y público, el juramento redentor y de los conjuradores, los juicios de Dios u ordalías, el combate judicial o duelo).

Ese derecho extranjero lo “interpretó” según el esquema más desarrollado del derecho romano y frente al cual, precisamente, la Inquisición constituye, a la vez, la reacción de un Derecho más culto y civilizado y un verdadero triunfo cultural de los vencidos “por las armas” sobre sus vencedores, a los que, como ya se vio, terminó imponiéndoles sus propias instituciones jurídicas...”

13. *El pensamiento Iluminista y su influencia en el fin del sistema inquisitorial*

Para destronar a la cultura inquisitiva fue necesario un giro copernicano que reposicionó a la dignidad humana frente al poder del Estado y las Corporaciones. El respeto de los derechos inalienables del individuo (derecho a la vida, a la integridad personal, a la honra, a la privación de los “bienes de la vida” sólo si, previamente, no se lo ha sometido a un debido proceso, etc.) son conquistas que se alzan, por fin, ante el omnímodo poder de los Estados Nacionales y el eclesiástico, ejercido autoritariamente hasta bien entrado el siglo XIX.

En el siglo XVIII esta renovación intelectual y cultural alcanza su cenit¹¹. La crítica al sistema de ideas que funda la nueva organización social, la respuesta cada vez más débil de quienes persisten en defender un sistema caduco, el espíritu crítico y renovador enfrentado

¹¹ Maier, Julio, ob. cit., p. 104, quien a su vez invoca ideas de: Valiente, Francisco, “Introducción” al libro *De los delitos y las penas*, p. 9 y sigs., de Cesare Beccaria, Ed. Aguilar, Madrid, 1969; Cabanellas, Guillermo, “Beccaria y su obra”, en *Tratado de los delitos y las penas*, p. 9 y sigs., Ed. Atalaya, Buenos Aires, 1945; Sainte-Beuve, Charles Augustin, “Montesquieu” en Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, p. 21 y sigs., Ed. Claridad, Buenos Aires, 1942; Walembert, “Análisis del espíritu de las leyes y elogio de Montesquieu”, en *Del espíritu de las leyes*, cit., p. 121; Voltaire, “Comentario sobre el libro De los delitos y las penas”, en Beccaria, Cesare, *Tratado de los delitos y las penas*, (ed. 1945), cit., p. 155 y sigs.; Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, Buenos Aires, 1950, t. 1, “Introducción”, Tit. 11, caps. 1, IV, p. 211 y sigs.

por doquier al pensamiento conservador, genera una titánica lucha cultural y conforman, a la postre, un período brillante en el cual la discusión principista e ideológica, alcanza su cumbre.

Fueron los filósofos prácticos del siglo XVIII, en especial Montesquieu, Beccaria y Voltaire, quienes emprendieron decididamente el camino en pos de la reforma del enjuiciamiento penal (que también alcanzó al enjuiciamiento civil).

“Puede decirse en general que, partiendo de la necesidad de imponer un sistema republicano de gobierno que reemplazara al absolutismo monárquico y de la dignidad del ser humano, portador de valores individuales superiores en rango a la propia defensa social, arribaron a postular un nuevo sistema de enjuiciamiento penal, bajo la influencia de dos fuentes principales: el derecho romano-republicano y el derecho practicado en Inglaterra, que ya se mencionó, que no sufrió el fenómeno de la recepción del derecho romano-canónico.

El nuevo modelo proponía, en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad de los debates, la libertad de la defensa y el juzgamiento por jurados.

Los nuevos pensamientos lograron su cristalización positiva fundamentalmente en dos cuerpos legislativos: el *Code d'instruction criminelle de 1808*, ley que, por diversas razones, fue la piedra fundamental de la reforma del enjuiciamiento penal que se produce en Europa continental, durante el siglo XIX.

El sentido de este desarrollo evolutivo de las ideas es evidente. En un primer momento, se produce la reac-

ción en contra del sistema inquisitivo y el intento de implantar un sistema acusatorio material, a la manera del que existió en la República greco-romana y que ya existía, por entonces, en el derecho inglés.

Aún cuando el intento nunca fue puro, en razón de que subsistió siempre, aunque confusamente, la regla inquisitiva de la persecución penal pública, no dejó de tener influencia.

Así, las sucesivas leyes van introduciendo modificaciones que, cada vez más acentuadas, desarrollan el principio de la persecución penal pública y, para tornarla eficaz, instituyen una instrucción preparatoria con características inquisitivas (el secreto y la escritura).

No obstante, perdura el juicio oral, público y contradictorio, que brindaba la base de la sentencia, y ante un tribunal de jurados, que decidía valorando la prueba según su íntima convicción. Para arribar a él, siempre un jurado intermedio resolvía sobre la idoneidad de la acusación para provocarlo o sobre el pedido de clausura de la persecución penal (sobreseimiento), abriendo el procedimiento principal ante el tribunal de jurados o evitando su apertura.

A modo de resumen: el cambio cultural/jurídico/procesal, si bien radical y trascendente, no pudo desprenderse de la influencia del sistema inquisitivo que pasó a combatir. De allí que surgieron formulas de “composición” procesal, en cierta medida forzadas, denominadas “mixtas” (ya que portaban elementos de ambos sistemas).

Como luego se verá, la nueva batalla en el campo de la ideología procesal gira en torno de la supresión de esos sistemas mixtos y su reemplazo por sistemas acusatorios puros (en lo penal) y netamente dispositi-

vos (en lo civil). Ya nos ocuparemos, más adelante, de explicar los términos de esta controversia.

14. *Fin de la Inquisición en España*

El siglo XIX se inicia con las victorias de Napoleón quien corona a su hermano José en el trono de España. En diciembre de 1808 decreta la extinción del Tribunal de la Inquisición.

Las cortes españolas, que se oponen militarmente a Napoleón, dictan una constitución liberal y en 1813 decretan la abolición de la Inquisición. En 1814, derrotado Napoleón y vuelto al trono el rey Fernando VII, restablece el Tribunal inquisitorial.

Mientras tanto, en América, la Asamblea del año XIII –a instancias de San Martín y de Alvear– decreta la “eliminación de la Inquisición en Buenos Aires”.

Si la Asamblea tuvo que derogar la Inquisición es prueba de que existía. Al tiempo que las fuerzas independientes derrotan a los españoles, una de las primeras medidas fue la eliminación del Tribunal de la Inquisición.

La abolición del Tribunal de Lima se produce en 1820, por orden de las Cortes españolas, a raíz de que vuelve a tener vigencia la constitución de Cádiz de 1812, que derogaba el tribunal.

Pocos años después, Fernando VII vuelve a instaurar el tribunal en España, pero América ya era independiente, gracias a las victorias de San Martín y Bolívar. Los tribunales de la Inquisición no funcionaron más en toda América del Sur.

También en España, muerto Fernando VII, su sucesora, la regente María Cristina elimina el Tribunal de la Inquisición en el año 1834.

15. *La extinción del procedimiento inquisitorial en su forma “pura”*

La Inquisición –por los menos en su forma más “pura”– fue un método que no podía perdurar en el mundo contemporáneo. Sólo logró hacerlo en la edad media y en parte de la edad moderna, a base de imponer autoritarismo y temor en los pueblos. Su larga vigencia, creemos que excedió incluso sus propias expectativas. El hombre del siglo XIX no podía ya consentir, al empezar a consustanciarse con los pensamientos liberales que comenzaron a levantarse en el siglo XVIII y se intensificaron en el siglo XIX, un sistema que solo pudo sostenerse a base de imponer a “sangre y fuego” su ideología.

Sin embargo, como lo venimos advirtiendo, las huellas culturales del proceso inquisitorial no han desaparecido. Si así fuera, no seguirían rigiendo códigos procesales que se sustentan sobre las dos columnas del sistema inquisitorial: la casi excluyente persecución penal de oficio (monopolio sobre-dimensionado del Estado) y la búsqueda de la “verdad real” como meta última de todo el sistema judicial.

Pero todavía no es hora de alejarnos definitivamente del sistema inquisitorial. En el próximo capítulo, en la idea de completar este somero estudio sobre el mismo, desarrollaremos cómo se iniciaba, tramitaba, resolvía y penaba en el procedimiento regido bajo las directrices de la Inquisición.

16. *Conclusiones*

Nos interesa remarcar como resumen de lo expuesto en este capítulo lo siguiente:

- El sistema de enjuiciamiento inquisitorial tuvo su origen en un conflicto de carácter netamente político. En la última parte de la Edad Media entran en conflicto los señoríos locales (poder feudal) con el poder del monarca. El "rey" pretende aglutinar las diferentes comarcas que reconocía o ambicionaba bajo su dominio mediante una única forma de organización política central.

La lucha entablada se decide finalmente a favor del rey y de ese triunfo se abre paso –ya de manera genérica en la Edad Moderna– a la creación de los estados nacionales, que aún hoy perduran como idea cultural y fundaron el sistema de organización política que se ha denominado absolutismo o monarquía absoluta.

La base del sistema político fue la concentración de todos los atributos de la soberanía –legislar, juzgar y administrar– en un poder central. El monarca quedó consustanciado con el Estado mismo.

Este período también refleja –a manera de conclusión de la Edad Media– el notable crecimiento de la Iglesia católica que impuso su idea de "universitas cristiana", dejando huellas culturales muy profundas, en especial en el área jurídica y del enjuiciamiento penal.

Con el advenimiento de la Inquisición se pueden reproducen tenebrosas ideas que son funcionales para preservar el "sistema": De un debate oral y público frente a jueces populares se giró ciento ochenta grados hacia la concepción opuesta: una investigación cumplida por un inquisidor en secreto y por escrito, transformándose el acusado de un sujeto del procedimiento, que enfrentaba al acusador en un plano de igualdad a constituirse en un objeto de la investigación que se practicaba.

A su vez, frente al "combate judicial" de los germanos

–que caracterizaba su procedimiento probatorio– se abre paso, conforme a la herencia romana la "búsqueda de la verdad histórica". Poniendo como norte descubrir "la verdad" se trataba de localizar a la mayor cantidad de "pecadores" y que cada uno de ellos expie su pecado. Políticamente, ello significó con el avance de los tiempos la afirmación, por cualquier medio, de la autoridad de la Iglesia.

Congruente con la idea de reafirmar la autoridad eclesiástica la tortura o tormento –no practicada por los germanos sino en casos excepcionales– retorna utilizada frente a todos los acusados (no sólo a los testigos esclavos o indignos que se los torturaba por ser incapaces de prestar juramento, como ocurrió en Grecia o Roma).

- La Inquisición en España tuvo su impronta particular: La Inquisición tuvo el principal papel durante la expulsión de los judíos de España; más tarde se ocupó de la persecución de brujas; luego persiguió a los protestantes en el siglo XVI y XVII y, finalmente, en el siglo XVIII la emprendió con los masones y contra los seguidores de la ilustración y de la Revolución Francesa.

- En América la Inquisición nace cuando el rey Felipe II por la real cédula del 25 de enero de 1569 crea los tribunales de la Inquisición en la "ciudad" de México y Lima. El tribunal de Lima, tenía jurisdicción sobre las tierras que conforman Argentina, Chile, Paraguay, Bolivia y Uruguay, además del propio Perú.

También tenía jurisdicción sobre lo que hoy es Ecuador, Colombia y Venezuela, hasta que en el año 1610 se crea el último tribunal de América en Cartagena de Indias, que tiene jurisdicción sobre estos últimos territorios.

La jurisdicción del tribunal comprendía los obispados

de Panamá, Quito, el Cuzco, Los Charcas, Río de la Plata, Tucumán, Concepción, Santiago de Chile y todas las provincias y señoríos del Perú.

- En cuanto a la extensión de la Inquisición en Europa debe consignarse la similitud del sistema que no varió sustancialmente en sus métodos y fines ominosos, dato que es una constante en los países que nos interesó examinar: Francia, Alemania e Italia.

- Para destronar a la cultura inquisitiva fue necesario un giro copernicano encaminado que reposicionó a la dignidad humana frente al poder del Estado y las Corporaciones. El respeto de los derechos inalienables del individuo (derecho a la vida, a la integridad personal, a la honra, a la privación de los "bienes de la vida" sólo si, previamente, se lo ha sometido a un debido proceso, etc.) son conquistas que se alzan, por fin, ante el omnímodo poder de los Estados Nacionales y el eclesiástico, ejercido autoritariamente hasta bien entrado el siglo XIX.

El nuevo modelo proponía, en lugar de la escritura y el secreto de los procedimientos, de la negación de la defensa y de los jueces delegados del poder imperial, la publicidad y oralidad de los debates, la libertad de la defensa y el juzgamiento por jurados.

Los nuevos pensamientos lograron su cristalización positiva fundamentalmente en dos cuerpos legislativos: el *Code d'instruction criminelle de 1808*, ley que, por diversas razones, fue la piedra fundamental de la reforma del enjuiciamiento penal que se produce en Europa continental, durante el siglo XIX.

El sentido de este desarrollo evolutivo de las ideas es evidente. En un primer momento, se produce la reacción en contra del sistema inquisitivo y el intento de implantar un sistema acusatorio material, a la mane-

ra del que existió en la República greco - romana y que ya existía, por entonces, en el derecho inglés.

Aún cuando el intento nunca fue puro, en razón de que subsistió siempre, aunque confusamente, la regla inquisitiva de la persecución penal pública, no dejó de tener influencia.

A modo de resumen: el cambio cultural/jurídico/procesal, si bien radical y trascendente, no pudo desprenderse de la influencia del sistema inquisitivo que pasó a combatir. De allí que surgieron formulas de "composición" procesal, en ciertas medidas forzadas, denominadas "mixtas" (ya que portaban elementos de ambos sistemas).

Como luego se verá, la nueva batalla en el campo de la ideología procesal gira en torno de la supresión de esos sistemas mixtos y su reemplazo por sistemas acusatorios puros (en lo penal) y netamente dispositivos (en lo civil).

Bibliografía utilizada

CHAMI, Pablo A., *Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardí*. Art. Extraído de internet, Junio 1999.

MAIER, Julio, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1B; Ed. Hamurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos [La ordenanza procesal penal alemana]*, vol. 1, Introducción, 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal* t. I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1981.

Capítulo III

EL PROCEDIMIENTO INQUISITORIAL

Sumario

1. Introducción al estudio del procedimiento inquisitorial. Razón de ser del mismo. 1.1. Etapas históricas de la Inquisición 1.2. La Inquisición medieval y la “moderna” o renacentista. 1.2.1. La Inquisición medieval. 1.2.2. La Inquisición renacentista o moderna. 2. Características principales del procedimiento inquisitorial. a) Iniciación del procedimiento de oficio. a.1) Etapa preparatoria. a.2) Fase indiciaria. a.3) Apertura del proceso b) Ignorancia de los cargos que se formulaban al imputado. c) Limitaciones al derecho de defensa. Asistencia letrada inconsistente. d) Preparación deficiente de la defensa letrada. d.1) Reserva de la identidad de los testigos. d.2) Elementos insuficientes de la defensa para desacreditar los dichos de los testigos. e) La tortura usada como método para obtener la prueba principal del procedimiento inquisitorial: la confesión del acusado. f) La sentencia. f.1.) Modalidades de la sentencia. f.2) Formas y finalidades asumidas por la pena al considerado culpable. g) La apelación del decisorio. 2.1. Los “autos de fe”. El horror. 2.1.1. Descripción de otro acto de fe. 3. El ocaso de la Inquisición. El pensamiento ilustrado. El reverdecer neo-inquisitivo. 4. Conclusiones.

1. Introducción al estudio del procedimiento inquisitorial: su razón de ser del mismo

No pueden quedar dudas de que la principal finalidad del procedimiento inquisitorial era obtener –una vez que una persona era acusada de los ilícitos que le interesaban al “sistema”– el reconocimiento de su *culpabilidad* para poder ser condenado por los Tribunales seculares. A la par, cuando el hecho abarcaba también la competencia de los tribunales eclesiásticos el logro consistía en el *arrepentimiento* del penitente, cancelando así la deuda que tenía por haber quebrado los mandatos de la fe católica.

La Inquisición se dedicó a perseguir numerosos “delitos”: prácticas judeizantes o luteranistas; alumbradismo; blasfemias y proposiciones contra la fe; solicitud; faltas contra el Santo Oficio; brujería y bigamia, entre otros.

Dado que en la práctica inquisitorial se detenía a los sospechosos después de comprobar que las pruebas contra ellos parecían concluyentes y habían sido aprobadas por los calificadores, el imputado era tenido por *culpable* desde el principio de la investigación y recaía sobre él la responsabilidad de *probar su propia inocencia*.

Para obtener las metas fijadas por el procedimiento inquisitorial (reiteramos, el reconocimiento de la culpabilidad del reo y su reconciliación con el dogma católico), se instauró un perverso sistema tanto en el inicio

de la imputación, cuanto en el trámite, juzgamiento y condena, todo lo cual ya ha sido denostado una y otra vez en los capítulos anteriores.

Pero más allá de la crítica –que por lo irracional del fenómeno es casi obvia– quizás el mejor modo de demostrar su grado de deslegitimación es describir los detalles relativos a cómo actuaba el Santo Oficio. Con ese propósito pasaremos a exponer sus principios rectores, el mecanismo procedimental, la “función” que ocupaban los acusadores (o el Tribunal) –ya que la actividad de acusar y juzgar se fusionaban en el mismo órgano–, las condenas que se imponían y las formas de ejecutar las penas.

Nuestro análisis se apoya en los medulosos estudios realizados por historiadores y procesalistas de la talla de Kamen, Comella y Maier, entre otros. Advertimos que sólo nos ocuparemos del procedimiento inquisitorial español, en razón de ser el que ha influido directamente en los modos de juzgamiento desplegados en Latinoamérica desde el momento mismo de su colonización.

1.1. Etapas históricas de la Inquisición

La actividad del tribunal inquisitorial en España puede dividirse en cinco períodos principales:

- a) Un período de intensas persecuciones contra los conversos, que abarcó desde 1480 hasta 1530, aproximadamente;
- b) el relativamente tranquilo de principios del siglo XVI;
- c) el gran período de actividad contra los protestantes y los moriscos que va de 1560 a 1614;
- d) el siglo XVII, en el que la mayoría de las personas juzgadas no eran de origen judío ni morisco;
- e) y, a partir del siglo XVIII, en el que comienza y se acentúa la declinación del sistema inquisitorial.

1.2. La Inquisición medieval y la moderna o renacentista

Es necesario aclarar que la historia de la humanidad soportó en dos épocas distintas el flagelo de la Inquisición: en la Edad media y en el período renacentista. Existieron, entre ambos fenómenos, diferencias muy marcadas que provocan la necesidad de analizarlas por separado.

1.2.1. La Inquisición medieval

El nacimiento de la Inquisición medieval se ubica en el siglo XII. Según Comella¹. “...En esa época, las herejías de los cátaros y valdenses produjeron importantes desórdenes sociales y doctrinales. Ante la virulencia de dichas herejías, se planteó la conveniencia de emplear la fuerza –después de agotar los métodos pacíficos– para frenar su avance. Cátaro significa en griego puro (porque los cátaros se consideraban seguidores radicales del Evangelio, en contraste con otros cristianos); también se denominaban *albigenses*, porque en la ciudad Gala de Albi encontraron muchos simpatizantes. El nombre de *valdense* procede de su iniciador: Pedro Valdo. Cátaros y valdenses fundaron comunidades en el sur de Francia y norte de Italia.

Los principios que sustentaban estos grupos –según el criterio del poder monárquico y clerical– alteraban

¹ Comella, Beatriz, *La Inquisición Española*, 2ª ed., p. 14 y sigs., Ediciones Rialp S.A., Madrid, España, 1998.

impulsada por Martín Lutero desde el primer tercio del siglo XVI, y la *contrarreforma* que estableció la renovación de la fe católica, motorizada por el Concilio di Trento (1545-1563).

2. Características principales del procedimiento inquisitorial

Describiremos las características más salientes del procedimiento inquisitorial, que se componía de las siguientes fases: etapa preparatoria, fase indiciaria, medidas cautelares, apertura del proceso, búsqueda de pruebas, aplicación del tormento, sentencia, aplicación de las penas –auto de fe– y modificación del veredicto.

a) Iniciación del procedimiento de oficio

El procedimiento inquisitorial estaba a cargo de inquisidores que salieron a la búsqueda oficiosa de los presuntos delincuentes. El moderno Santo Oficio impulsó la *inquisitio* que ha dado –precisamente– nombre a la institución. Inquirir equivale, en este caso, a indagar de una manera activa si en un lugar existían conductas relacionadas con la herejía o delitos contra la moral susceptibles de ser juzgados por el Santo Oficio³.

El procedimiento inquisitorial se construye a partir del inicio y la persecución “de oficio” de los supuestos ilícitos y es llevado adelante por los inquisidores contra el acusado.

Esta actuación espontánea y oficiosa de los tribunales inquisitoriales, según lo entiende Maier⁴, era una manera de *consolidar* la autoridad real, la organización política y la paz social. Bajo el nuevo orden no se podía permitir la lesión de las normas básicas de la convivencia sin reaccionar –ahora– *oficialmente*. Menos aún quedar supeditado a la reacción del ofendido; el principio acusatorio ya es historia y ni siquiera la facultad de denunciar constituye un pálido reflejo de él, pues, al acordarse efectos jurídicos a la *delación* –denuncia anónima– se permite eludir la responsabilidad del acusador, efecto que es consustancial del sistema acusatorio.

Nace ahora la *prevención*, esto es, la autorización para los funcionarios de investigar la posible comisión o preparación de un delito por la sola sospecha, con base, incluso, en el rumor público.

Consecuencia de esta nueva modalidad, va a provocar en los siglos posteriores el nacimiento de lo que hoy denominamos *Ministerio Público*, cuyos orígenes se remontan a los procuradores del rey, agentes encargados, en un comienzo, de la renta real, de perseguir las enmiendas y todos los derechos debidos al rey, cuya pronta expansión los constituyó en verdaderos persecutores penales.

La idea del procedimiento como una *pura investigación de los hechos* (instrucción) termina extinguiendo todo vestigio de debate judicial, con lo que la tarea de administrar justicia se transforma totalmente: ahora consiste en una encuesta de los órganos públicos en procura de conocer la *verdad histórica* a todo trance.

³ Comella, Beatriz, ob. cit., p. 141 y sigs.

⁴ Maier, Julio, ob. cit., p. 61.

De allí que el acusado termina siendo *un convidado de piedra* de su propia persecución penal y, por su carácter de sospechoso, la mayoría de las veces queda *privado de la libertad* durante el procedimiento y sin posibilidad de influir en la decisión con su defensa.

a.1) *Etapa preparatoria*

Ilustra Comella que "...ante la sospecha de herejía u otro delito, competencia del Santo Oficio, los inquisidores solían buscar el apoyo de las autoridades civiles de la zona para investigar. Se nombraba un comisario (por regla general, un clérigo prudente y mayor de 40 años), que pudiera recibir delaciones y testimonios.

En la Iglesia más importante o catedral del lugar se alentaba a la conversión durante un sermón dominical, animando a los presentes a delatar a los sospechosos bajo pena de excomunión. Se iniciaba así el período de gracia, en el que los infractores podían reconciliarse con Dios, con la Iglesia y con la comunidad a través del sacramento de la Penitencia. En este período de gracia, que podía durar entre 1 y 6 meses fueron frecuentes las autoinculpaciones; en Valencia, por ejemplo, se presentaron 900 penitentes entre 1484 y 1488.

Después de la confesión sacramental, el arrepentido debía jurar ante el tribunal que su actitud era sincera. Se le imponía un castigo de carácter social: prohibición de ocupar cargos públicos, entrar en casa de infieles, conversar o comerciar con ellos. A veces, la pena consistía en ayunos o flagelación pública, asistencia a actos religiosos (misas, sermones, procesiones o dar limosnas). A los confesos, en tiempo de gracia, se conce-

día un importante beneficio: no perder sus bienes, aunque las limosnas solían ser cuantiosas; no obstante quedaban imposibilitados para vender bienes raíces, y si tenían siervos, estos quedaban en libertad..."

a.2) *Fase indiciaria*

Si la etapa preparatoria no alcanzaba la finalidad buscada por el Santo Oficio, se pasaba a una segunda fase: la indiciaria.

"...Pasado el tiempo de gracia, el tribunal empezaba a recoger indicios del delito por varios cauces: acusación probada del propio fiscal de la causa, rumor acusatorio de carácter público confirmado por personas honradas, o bien, denuncia personal ante notario y dos testigos, previo juramento sobre los Evangelios. Normalmente, se exigían tres denuncias personales para iniciar la acusación, aunque en los siglos XV y XVI, a veces no se respetó esta norma. Desde 1571, el Inquisidor General Valdés estableció que debían existir varias denuncias para ser tenidas en cuenta.

Desde mediados del siglo XVI se generalizaron las denuncias de particulares por escrito y anónimas. Aunque el ocultamiento de identidad estaba prohibido teóricamente por las Decretales del Papa Bonifacio VIII (1294-1303), de hecho era frecuente también en el derecho civil para proteger al denunciante de eventuales represalias por parte del acusado, su familia o amigos. El anonimato de los acusadores ha sido muy criticado, también lo fue entonces, porque podía dar lugar a falsas denuncias. No obstante, sigue siendo utilizado en la actualidad; es el caso por ejemplo, de algunas cam-

pañas policiales contra el terrorismo, que admiten denuncias anónimas, telefónicas o por escrito.

La confirmación de las sospechas se llevaba a cabo mediante la declaración jurada de los testigos ante el tribunal, que enviaba un “auto de prisión” contra el presunto culpable. A los ocho días como máximo, debía ser interrogado: se le preguntaba si tenía idea de la causa de su arresto. Esta entrevista inicial no se introdujo hasta finales del siglo XVI. Solían acompañar al inquisidor dos religiosos y un notario.

Desde mediados del siglo XVI. El tribunal acostumbraba informar al Consejo de la Suprema antes de encarcelar a un sospechoso e incautar sus bienes. Si la Suprema no consideraba justa la causa, se concluía el proceso...”⁵.

a.3) Apertura del procedimiento

Superadas las etapas indiciarias y de acusación se entraba de lleno al procedimiento inquisitorial.

“...El interrogatorio inicial era realizado por el inquisidor ante dos religiosos como testigos y un notario. El inquisidor o promotor de la causa solía seguir las pautas de los manuales propios de su oficio, y amonestaba hasta tres veces al interrogado para conseguir su confesión y arrepentimiento, y evitar así nuevas fases del proceso. A quien se confesaba culpable, se le castigaba con penas de cárcel y confiscación de bienes.

Era frecuente que en los interrogatorios se implicaran

a otras personas: el inquisidor veía entonces incrementado su trabajo, pues debían interrogar a los citados...”⁶.

b) Ignorancia de los cargos que se formulaban al imputado

Se instauró la *negativa* a divulgar las *razones* que motivaban tanto la imputación como la detención del acusado. Así los presos pasaban días, meses e incluso años, sin saber por qué estaban confinados en las celdas del tribunal.

Nos ilustra Kamen⁷ que “... en vez de acusar al preso, los inquisidores se acercaban a él y le *amonestaban* tres veces en un período de varias semanas para sondear su conciencia, para hacer que confesara la verdad y confiara en la misericordia del tribunal. La tercera amonestación iba acompañada de la advertencia de que el fiscal pensaba presentar una acusación y de que sería más juicioso confesar antes de que fueran presentados los cargos...”.

La falta de conocimiento sobre la acusación formulada, sumada a la amenaza de perder la vida, de ser torturado, desterrado o privado de sus bienes, lograba el efecto de deprimir y quebrantar la moral del preso.

“...Si el acusado era *inocente*, quedaba hecho un mar de confusiones sobre lo que habría de confesar, o bien confesaba delitos de los que ni siquiera se lo estaba acusando por la Inquisición. Si era *culpable* quedaba

⁶ Comella, Beatriz, ob. cit., p. 143.

⁷ Kamen, Henry, *La Inquisición Española*, 1ª ed., ps. 188 y 189, trad. Editorial Barcelona, España, Crítica, 1999.

⁵ Comella, Beatriz, ob. cit., p. 142.

con la duda de qué parte de la verdad sabría realmente la Inquisición y si, en definitiva, todo este andamiaje no sería más que un truco para obligarlo a confesar.

Finalmente, cuando después de las tres amonestaciones, el fiscal le leía los artículos de la acusación, se requería al acusado que contestara a las acusaciones inmediatamente, sin que se le concediera tiempo ni *abogado* que le ayudara a preparar su defensa...⁸.

Cualquier respuesta hecha por el acusado en tales circunstancias no podía, por lo menos en una inmensa mayoría de los casos, dejar de ser incriminatoria. Y debe tenerse presente, además, que recién sólo tras estos “preliminares” el Tribunal le otorgaba “permiso” para auxiliarse *legalmente* en su defensa, pero con las restricciones que veremos en el punto siguiente.

c) Limitaciones al derecho de defensa.

Asistencia letrada inconsistente

En rigor, no puede hablarse en el procedimiento inquisitorial –ni por asomo– del ejercicio igualitario del derecho de defensa en juicio, teniendo en cuenta los omni-poderes con que contaban los órganos de la “acusación” y los flacos recursos de la defensa. Pero, por lo menos, alguna mejora se registró con relación a la situación que soportaba el acusado en la Inquisición medieval, condición que se refleja según Kamen en este hecho “...una concesión muy importante hecha por la Inquisición española, que no otorgó la Inquisición me-

⁸ Kamen, Henry, ob. cit., p. 189.

dieval, fue permitir al acusado obtener los servicios de un *abogado*.

Esta concesión aparecía escrita en las Instrucciones de 1484 y fue generalmente mantenida, aunque sus constantes recortes a la función del letrado hicieron que a veces el empleo de un abogado fuera una simple farsa...⁹.

En los primeros años de la Inquisición el acusado podía escoger *libremente* a sus abogados, pero como el Santo Oficio se fue haciendo cada vez más “precavido” con relación a la posible *eficacia* con la que pudiera beneficiarse el imputado gozando de una defensa imparcial, acabó por limitar la elección a determinados abogados nombrados por el tribunal. Si el detenido se negaba a solicitar defensa, se le asignaba igualmente un letrado, a quien se pagaba con los bienes incautados del reo o, si éste era pobre, con los de otro acusado más rico.

A mediados del siglo XVI, los “abogados de los presos” eran considerados como funcionarios integrantes de la maquinaria inquisitorial, dependían de los inquisidores, en definitiva, trabajaban para ellos.

Esta nueva clase de “abogados” no merecía, evidentemente, la *confianza* de los acusados. Narra Kamen un hecho histórico que resulta ilustrativo de esta desconfianza generalizada “... en el año 1559 un preso de Valencia quien dijo a su compañero de celda que aunque el Inquisidor le diera un abogado, no le daría ninguno bueno, sino un individuo que haría lo que el Inquisidor quisiera; y que si por casualidad pidiera un abogado o un procurador que no fuera de la Inquisición, no le servi-

⁹ Kamen, Henry, ob. cit., p. 189.

rían, ya que si se oponían a los deseos de los Inquisidores, ya se encargarían de acusarles de falsas creencias o de falta de respeto y los meterían también en la cárcel...¹⁰”.

Esto no significa que, en ciertos casos, alguno de los abogados asignados a la defensa de los presos no hicieran su trabajo a conciencia. Pero, aun en estos supuestos un tanto excepcionales, su labor se veía seriamente *obstaculizada* por las restricciones impuestas por el tribunal y por la sutil y peligrosa tarea de defender al preso de un delito laico al mismo tiempo que le imputaban una herejía religiosa (con el riesgo antes denunciado de terminar el *abogado* también acusado de la *misma* herejía).

En resumen, desde el inicio del procedimiento inquisitorial la *defensa* del acusado quedaba severamente condicionada. El papel de su abogado estaba limitado a presentar artículos de defensa a los jueces; aparte de esto no se permitían más argumentos ni preguntas. Esto significó que, en realidad, los inquisidores eran a la vez juez y jurado, acusación y defensa, y la suerte del preso dependía enteramente del humor y el carácter de los inquisidores.

d) Preparación deficiente de la defensa letrada

Cuando un individuo, privado ya de su libertad, era finalmente acusado, se le daba una copia de las pruebas que ya se habían colectado contra él para que pudiera preparar su “defensa”, pero con las limitaciones ya vistas. Esto de hacer “públicos los cargos y las prue-

bas” no era tan *útil* para la defensa como puede parecer, pues el acceso del imputado a los medios de prueba tenía, también, graves restricciones.

d.1) Reserva de la identidad de los testigos

Por lo pronto, se mantenía en “reserva” la identidad de los testigos. Mantener el secreto sobre la *identidad* de los testigos (a base de cuyas acusaciones se montaba en muchos supuestos la persecución del indicado como autor de delitos castigados) era “funcional” a la estructura del procedimiento inquisitorial. Es más, todos los indicios que pudieran ayudar a identificar a los testigos eran suprimidos de las constancias procedimentales.

Esto significaba que a veces el preso era a menudo privado de los *detalles* del caso y no podía apreciar –en su conjunto– cuál era la concreta imputación que se formulaba contra él. Aunque esto ayudaba a proteger a los testigos contra la identificación y la recriminación dejaba, claro está, impotente a la defensa.

“...las Instrucciones de Valdés de 1561 estipularon que todos los datos que pudieran traicionar a un testigo debían ser omitidos y que en el caso se emplearía únicamente la parte de las pruebas que se había hecho pública...”¹¹.

d.2) Elementos insuficientes de la defensa para desacreditar los dichos de los testigos

El acusado tenía varios medios de defensa (por lo menos en teoría) para probar la falsedad de la acusación:

¹⁰ Kamen, Henry, ob. cit., p. 189.

¹¹ Kamen, Henry, ob. cit., p. 190.

- podía llamar a testigos favorables;
- desarmar a los testigos hostiles, demostrando la existencia de una enemistad personal;
- o presentar objeciones contra sus jueces, procedimiento conocido hoy bajo el nombre de *recusación*.
- también se podían alegar varias circunstancias atenuantes, como embriaguez, locura, extrema juventud, etcétera.

A estos expedientes se recurría de modo regular, aunque casi siempre sin éxito. En general, en la gran mayoría de los procesos celebrados ante la Inquisición española la defensa se limitó a recurrir a los testigos, ya que éste era el único modo de acceder a fuentes desconocidas de las pruebas.

Kamen suministra un caso muy sugestivo que nos sirve para ejemplificar los perjuicios provocados al imputado por el hecho de desconocer la identidad de los testigos que declaraban en su contra "... Diego de Uceda, fue acusado en 1528 de luteranismo basándose en la charla que sostuvo con un desconocido yendo en camino de Burgos a Córdoba. La supresión de todos los detalles de tiempo y lugar en la evidencia publicada hizo que Uceda creyera que la acusación provenía de una charla mantenida unas noches antes en el Guadarrama, desperdiciando inútilmente todas sus energías al tratar de probar vanamente que aquella conversación había sido inocua, mientras que los hechos verdaderos sobre los que se basaban los cargos contra él no fueron contradichos..."¹².

¹² Kamen, Henry, ob. cit., p. 190.

La defensa podía presentar testigos exculpatorios del reo, quien además tenía derecho a presentar el denominado "escrito de tachas", una relación de sus enemigos personales y posibles delatores. También podía pedir al tribunal que comparecieran los llamados "testigos de abono", personas que declararan a su favor, si bien corría el riesgo de que entre ellos estuviera algunos de sus delatores, cuyo testimonio podía perjudicarlo.

Si el tribunal no consideraba concluyente la fase probatoria y el reo se negaba a confesar, se aplicaba la tortura. El abogado defensor solía reservar para este momento a su mejor testigo, a fin de evitarla.

De otro lado, si bien estaba admitida la recusación de los jueces, se necesitaba una considerable dosis de valor para llevarla a cabo. De hecho, no se solía apelar a este recurso, excepto cuando el prisionero podía probar fehacientemente que los magistrados eran sus enemigos personales.

Por último, y con cierta frecuencia, se intentaba evitar el juicio alegando locura o una amplia gama de circunstancias atenuantes (embriaguez, enfermedades terminales, etc.).

e) *La tortura usada como método para obtener la prueba principal del procedimiento inquisitorial: la confesión del acusado*

La tortura del acusado para arrancar la confesión del hecho ilícito imputado es quizás, conjuntamente con las penas impuestas al considerado culpable, una de las expresiones más perversas del sistema de enjuiciamiento inquisitivo.

Según Maier "...las exigencias para condenar que imponía la ley debieron conducir "naturalmente" a *aceptar la tortura del reo para que confesara*, pues, de otra manera, debió resultar muy difícil condenar; por ejemplo, cuando la acción no había sucedido en presencia de dos o tres testigos, o no existían suficientes indicios coincidentes, de acuerdo a la forma en que se había llevado a cabo el crimen, como lo exigía la ley. De allí que la confesión adquiriera un valor superior entre todos los medios de prueba.

Además, con la introducción de la *tortura*, como método empleado ordinariamente para conocer la verdad, la situación del imputado varió por completo. Esta meta absoluta de la persecución penal —averiguar la verdad— no reparó en razones humanitarias o atinentes a la dignidad humana, ni las entendió, por lo que el papel del acusado se alteró fundamentalmente: de sujeto procesal se convirtió en *objeto* de investigación y órgano de prueba.

La tortura, extraída de los textos del Derecho romano, o de hecho practicada por ciertos funcionarios reales, se desenvuelve extraordinariamente, gracias a la investigación secreta y escrita en que consistía el proceso y en perfecta armonía con ese tipo de procedimiento.

Es algo normal que la insuficiencia natural de las actas escritas para provocar una convicción real *necesite* de la *confesión del acusado* como confirmación de la sospecha y reina de las pruebas...¹³.

En una interpretación un tanto "benigna" sobre la tortura, Kamen sostiene que la reglamentación de los

tormentos por la ley tendía (supuestamente) a *limitar* los "abusos" de su utilización como medio de prueba. Esas "limitaciones" legales se refirieron a tres aspectos principales:

- quién puede aplicar el tormento;
- cuándo puede aplicarlo y
- la forma de aplicarlo; su documentación y su resultado.

La limitación comenzó como "privilegio" hacia ciertas personas (honestas y de buena fama, nobles) que luego perdieron su prerrogativa para convertirse después en "exigencias" acerca de su procedencia. También se exigía que sea ordenada por una decisión concreta de un tribunal fundada en presunciones vehementes o bien en el testimonio de un testigo *de visu* o por indicios graves demostrados por dos testigos.

Por otro lado, se requerían formas rígidas en el momento de llevarlo a cabo. Así era necesaria la presencia del juez y de otras personas que se designaban para constatar la legitimidad del acto. Además, normas prohibitivas eliminaban la utilización de cierta clase de tormentos —el fuego, por ejemplo— y prescribían rígidamente la preservación de la vida e integridad física del imputado, que no debían correr riesgo.

Un actuario labraba un acta con las preguntas que se le dirigían y las respuestas que daba. Al día siguiente, el atormentado era interrogado en *libertad* para conocer si persistía en la confesión o en la negación del hecho atribuido.

Podía repetirse la tortura, incluso varias veces, por consejo del juez, pero él no decidía sólo su renovación, sino que era autorizado por otros consejeros. Existían,

¹³ Maier, Julio, ob. cit., p. 63.

también, previsiones respecto a la debilidad del atormentado, incluso provocada por su edad o enfermedad, tales que, en esos casos, el suplicio era reemplazado por su simulacro, preparando el tormento y poniendo al imputado frente a los instrumentos de tortura...”¹⁴.

Los tormentos más frecuentes eran el uso de la garrucha, el agua y el potro. La *garrucha* consistía en colgar al reo con cuerdas por las muñecas atadas a las espaldas, mientras se le subía con poleas hasta el techo y se le soltaba de repente. El método del *agua estribaba* en introducir un paño en la garganta del acusado; luego se forzaba al reo a beber agua lentamente, produciéndole una sensación de ahogo. El *potro* era un bastidor de madera con cuerdas al que se ataba a la víctima, tensándolo poco a poco.

Curioso es que el “*triumfo*” frente a la tortura, la *resistencia total a confesar bajo tormento*, acordaba *derechos* frente a la decisión: en caso de condena, si los demás elementos de prueba conducían a ella, procedía sólo aplicar una pena menor (multa o castigo corporal de escasa gravedad).

f) La sentencia

Cuando tanto la acusación como la defensa habían terminado sus “deberes procesales” el caso se daba por concluido y llegaba el momento de dictar sentencia. Para ello era necesario formar una “consulta de fe” que consistía en un cónclave entre los inquisidores.

“...El inquisidor entregaba un informe completo a una junta de asesores, compuesta por religiosos y seculares cualificados, quienes propiamente se encargaban de emitir el veredicto.

A partir de Torquemada fue necesaria la unanimidad de los asesores para aplicar la pena de muerte; por tanto, bastaba un voto en contra para no emitir esa sentencia. Antes de que se dictara, el reo podía acogerse a la llamada “compurgación canónica”, una figura legal del derecho germánico, que permitía al acusado probar su inocencia *in extremis*. La compurgación consistía en presentar entre siete y treinta testigos, el número dependía de la gravedad del delito, que juraran junto con el reo su inocencia.

Se acudía a la compurgación cuando los jueces no estaban completamente seguros de la inocencia del acusado. Si el reo superaba esta prueba, se le aplicaba la sentencia más benigna, de acuerdo con la acusación que había pesado sobre él; la absolución se le comunicaba privadamente. En ese caso la sentencia condenatoria se leía ante el acusado, el notario, los inquisidores y un representante del obispo...”¹⁵.

De esta manera, según Kamen¹⁶ “...rara vez se dejó el veredicto a la discreción exclusiva y a la arbitrariedad de los inquisidores, sino que éste era controlado por expertos legales externos.

De otro lado, para fallar en contra o a favor del imputado, ilustra Maier¹⁷ “...se introduce el sistema de valo-

¹⁵ Comella, Beatriz, ob. cit., p. 148.

¹⁶ Kamen, Henry, ob. cit., p. 191.

¹⁷ Maier, Julio, ob. cit., p. 64.

¹⁴ Maier, Julio, ob. cit., p. 63.

ración legal de la prueba, pues las leyes, para limitar el poder de quien juzgaba, establecieron minuciosamente, en abstracto, las exigencias o condiciones que debía reunir el juzgador para condenar o, en general, decidir algún aspecto de la persecución.

Así como para aplicar el tormento se exigían ciertas condiciones o elementos probatorios, así también la ley establecía exigencias para condenar; de allí las locuciones *semiplena prueba* y *plena prueba*, que aún han conservado vigentes nuestras leyes.

El juzgador no fundaba su fallo en su libre convicción, apelando al valor de “verdad” que la prueba recibida transmitía en el caso concreto, sino que verificaba o no verificaba las condiciones que la ley le exigía para decidir de una u otra manera.

Claro es que las condiciones impuestas por la ley estaban referidas a la verdad histórica, de manera que representaban condiciones que, normalmente, por experiencia, fundaban una convicción racional; pero, en realidad, el acierto del juicio no dependía de su coincidencia con la “verdad” sino de la observancia de las reglas jurídicas previstas, por lo que su control en apelación se asemejaba más a un examen jurídico que a un control sobre el recto ejercicio del poder delegado al juzgador. De allí también la escritura y la protocolización de los actos que permitían fundar el fallo...”.

f.1.) Modalidades de la sentencia

La solución del juicio podía desembocar en dos “resultados”:

a) el acusado podía ser liberado (absuelto o suspendido);

b) castigado, siendo obligado a ser penitenciado o reconciliado, o quemado (también se conocía la quema de las personas con el término “relajación”).

En general, el proceso inquisitorial terminaba con la *condena del acusado*. Paradójicamente, el número de absoluciones, aunque fuera pequeño, significó una “mejora” con respecto al tribunal medieval, que —como regla— jamás absolvía a los acusados.

La absolución completa, sin embargo, significaba admitir un error en la acusación, así que lo más corriente era la “suspensión” del caso. Pero la suspensión inspiraba un razonable temor en el acusado: significaba que el proceso podría ser reanudado en cualquier momento y a la menor provocación, el originario imputado quedaba a partir de entonces —técnicamente— bajo sospecha.

f.2) Formas y finalidades asumidas por la pena al considerado culpable

Las penas impuestas al considerado culpable eran normalmente una combinación de castigos corporales y espirituales, siendo muy completa la investigación asumida por Kamen,¹⁸ a quien seguimos en este tramo.

a) Ser *penitenciado* era el menor de los castigos que se imponía. Aquellos que eran penitenciados tenían que “abjurar” espiritualmente de sus delitos, *de levi* por un delito menor y *de vehementi* por uno grave. El penitente juraba evitar su pecado en el futuro y si juraba *de vehementi*, cualquier reincidencia lo hacía candidato a un severo castigo en la siguiente ocasión.

¹⁸ Kamen, Henry, ob. cit., p. 196.

Los penitenciados eran condenados a castigos como el sambenito, las multas, el destierro o, algunas veces, las galeras.

b) La “*reconciliación*” suponía, en teoría, el retorno del pecador al seno de la Iglesia, después de haber efectuado la penitencia. Pero, en la práctica, era el castigo más severo que la Inquisición podía infligir, salvo la *relajación* (quemar viva a una persona). Todas las penas que la acompañaban eran más duras: además del sambenito, el acusado podía ser condenado a largas temporadas en la cárcel o en las galeras. En la mayoría de los casos también se confiscaban sus bienes, de manera que, aun si el prisionero soportaba una sentencia de sólo unos cuantos meses tendría que enfrentarse a una vida de mendigo.

Otra regla adicional que se ponía en práctica con frecuencia, era que cualquiera que reincidiera después de una reconciliación debía ser tratado como *hereje relajado* y enviado a la *hoguera*.

El sambenito, voz corrupta *de sacco bendito*, era una vestimenta penitencial usada por la Inquisición medieval y retomada por la española. Era, usualmente, un traje amarillo con una o dos cruces diagonales pintadas sobre él, siendo condenados los penitentes a llevarlo como señal de su infamia por un período indefinido que podía ir de varios meses a toda la vida.

Los que habían de ser “relajados” (quemados) en un “auto de fe” tenían que llevar puesto un sambenito negro en el cual se habían pintado llamas, demonios y otros asuntos decorativos.

Cualquiera que fuese condenado a llevar el sambenito ordinario, tenía que ponérselo cada vez que salía

de su casa, medida que no fue nada popular en las primeras décadas de la Inquisición. Pero la orden de llevar un sambenito de por vida no debe entenderse al pie de la letra. Al igual que con las sentencias a prisión perpetua la orden era invariablemente conmutada por un período mucho más corto a discreción del inquisidor.

Las principales críticas esgrimidas en la época contra estas vestiduras iban menos dirigidas contra la vergüenza que deliberadamente querían que sufrieran sus usuarios, en rigor, se encaminaban contra la política de perpetuar la infamia colgándolas en la Iglesia parroquial *ad perpetuam rei memoriam*.

c) El *encarcelamiento* ordenado por la Inquisición podía ser por un breve período de meses, también de años, o de por vida, siendo esta última pena clasificada como “perpetua e irremisible”. Pero la sentencia, entonces como ahora, no se cumplía de manera literal. En el siglo XVII, prisión “perpetua” significaba en la práctica, normalmente, unos cuantos meses, y pocas veces suponía el encarcelamiento por más de tres años, si es que el acusado se arrepentía; una sentencia “de por vida” solía cumplirse en diez años.

A pesar de ello, la Inquisición siguió dictando cadenas “perpetuas”, probablemente porque en el derecho canónico era costumbre condenar a los herejes a la cárcel de por vida. Sentencias incongruentes, tales como “prisión perpetua de un año” aparecen como norma en los decretos inquisitoriales.

Otra particularidad es que la prisión ordenada en la sentencia no suponía el confinamiento forzoso en una cárcel. De acuerdo con las Instrucciones de 1488, los inquisidores podían confinar a discreción a un hombre en su

propio domicilio o en determinadas instituciones, como un convento o un hospital. La principal razón para tan sorprendente concesión era que los tribunales carecían a menudo de espacio en sus prisiones cuando las celdas estaban ya llenas y tenían que buscar una alternativa. Los presos de más rango normalmente sufrían arresto domiciliario en lugar del habitual encarcelamiento.

Las prisiones gozaban a menudo de un régimen abierto. En algunos tribunales, los presos eran libres de entrar y salir mientras observaran unas reglas básicas. En 1655, en un informe acerca del tribunal de Granada se anotaba que a los presos se les permitía salir a la calle a todas las horas del día, sin restricciones; que vagaban por la ciudad y sus alrededores y que se divertían en casa de los amigos, volviendo a la cárcel sólo de noche; de este modo se les daba un cómodo alojamiento por el que no tenían que pagar alquiler.

d) Las *galeras* eran una pena desconocida para la Inquisición medieval. Fue concebida por el propio rey Fernando, que de ese modo halló una fuente de mano de obra barata sin tener que recurrir descaradamente a la esclavitud. Este castigo era quizá el más temido —aparte de la hoguera— de los que imponía la Inquisición española. Comenzó a aplicarse con cierta frecuencia a partir de mediados del siglo XVI para cubrir la creciente demanda de los buques reales. Los acusados eran rara vez sentenciados a un período superior a los cinco años, en contraste con los tribunales seculares que entonces y después condenaban a los presos a sufrir la pena de galeras de por vida. Las galeras constituían una forma económica de pena: los tribunales se veían libres del deber de mantener a los penitentes en sus prisio-

nes y el estado ahorraba en igual cantidad el gasto que suponía contratar remeros.

e) Los *azotes* constituían la forma más común de castigo físico. El uso del látigo, a modo de escarmiento, era un recurso muy antiguo en la tradición cristiana. Como forma de castigo de criminales, sin embargo, se trataba de una pena muy severa pues conllevaba el estigma de la degradación y el deshonor, por lo que sólo podía emplearse contra las personas de bajo *status* social. La Inquisición generalmente condenaba al culpable a ser “azotado mientras recorría las calles”, en cuyo caso, (si se trataba de un varón) tenía que aparecer desnudo hasta la cintura, a menudo montado sobre un asno para que sufriera una mayor deshonor, siendo debidamente azotado por las calles por el verdugo con el número señalado de latigazos.

Durante este recorrido por las calles, los transeúntes y los chiquillos mostraban su odio por la herejía tirando piedras a la víctima. Las mujeres eran azotadas igual que los hombres.

f) El máximo castigo impuesto por la Inquisición era *morir en la hoguera*. Cuando un hombre era sentenciado a ser relajado (quemado en la hoguera) siempre era informado de su suerte la noche anterior a la ceremonia para darle tiempo a preparar su alma para la confesión y el arrepentimiento.

La ejecución de herejes era una cosa tan corriente en la cristiandad durante el siglo XV que la Inquisición española no puede ser acusada de ninguna “innovación” a este respecto.

La costumbre consagrada por la Inquisición medieval, era que los tribunales de la Iglesia condenaran un

hereje, *entregándole* (“relajándolo”) a las *autoridades seculares*. Estas estaban obligadas a ejecutar la sentencia de muerte, que las leyes *prohibían* ejecutar al Santo Oficio.

Sólo había dos clases de personas que podían ser sentenciadas a la hoguera: los herejes impenitentes y los relapsos. Esta última clase consistía en aquellos que, tras haber sido perdonados por un primer delito grave, habían reincidido y se les juzgaba como relapsos en la herejía.

Los que habían sido sentenciados a ser “relajados” no siempre morían en la hoguera. Normalmente, se les daba a elegir entre *arrepentirse* antes de que el auto de fe alcanzara su punto culminante, en cuyo caso eran “*misericiosamente*” *estrangulados* cuando se iban a encender las llamas, o de no arrepentirse, en cuyo caso eran abrasados vivos.

La mayoría de los que fueron “relajados”, lo fueron de hecho sólo “en efigie” (por haber muerto antes que su cuerpo fuera quemado o bien porque habían logrado escapar a las garras del Tribunal). En este caso la condena era un eufemismo pues, claro está, no recaía sino sobre la “imagen” del condenado. El gran número de víctimas quemadas en “efigie” en los primeros años de la Inquisición testimonia el volumen de exiliados que consiguió escapar de la condena del tribunal.

La sentencia habitualmente indicaba que el acusado debía comparecer a soportarla en un “auto de fe”. Esta ceremonia se celebraba, bien en privado (auto particular), bien en público (auto público o auto general); este último es el que se ha hecho “famoso”, identificándose como el “verdadero” auto de fe.

Las penas dictadas por la Inquisición se anuncia-

ban en estas ocasiones. La ceremonia del auto de fe tiene su propia literatura. Entre los españoles, lo que comenzó como un *acto religioso* de penitencia y justicia, acabó siendo una fiesta pública más o menos parecida a las corridas de toros o a los fuegos artificiales.

g) *La apelación del decisorio*: El carácter jerárquico del Tribunal Inquisitorial que juzgaba por delegación, cuyo poder derivaba del soberano y no de una Asamblea popular o constituida por representantes originarios del pueblo del que derivaba la soberanía, provocó que la posible apelación de las decisiones fuera uno de los caracteres sobresalientes del sistema.

De este sentido político de la institución emerge el “efecto devolutivo” de los recursos, esto es, la consecuencia de atribuir competencia para el caso a un superior, “devolviéndole” la jurisdicción delegada, designación que aún hoy conservamos para referirnos a uno de los posibles efectos con el que se otorga el recurso de apelación, pero sin aquel significado político.

Pero, más allá de que (en teoría) las sentencias eran apelables, en la práctica había una posibilidad muy limitada de apelar contra las mismas. En los casos que terminaban en auto de fe público, el acusado no era informado de su sentencia condenatoria hasta que ya estaba en *procesión*, camino del propio auto de fe y, entonces, ya era *tarde* para apelar. Naturalmente, el retraso en dictar el veredicto aumentaba el suspenso, el temor y la desesperación sentida por los prisioneros. Más adelante, en la historia de la Inquisición, el tribunal habría de comunicarlo con tres días de antelación.

“...Además, se podían obtener modificaciones de las penas: quienes cumplían penas de cárcel eran sustituibles,

una vez comprobado el buen comportamiento del reo, por penas espirituales (misas, peregrinaciones, etc.). Los cambios de veredicto fueron más frecuentes desde la época de Torquemada. Los inquisidores de distrito podían autorizar estas modificaciones y, en caso de que se negaran, el recluso podía apelar al Consejo de la Suprema y al Inquisidor General.

Las apelaciones anteriores al juicio fueron frecuentes también a partir de Torquemada; constituían una manera de retrasar el proceso cuando había escasez de pruebas. La mayoría de las apelaciones fueron realizadas por personas notables...”.

Los autos privados de fe daban mucha más oportunidad de apelar después de que la sentencia hubiera sido leída. En tales casos, la apelación siempre era enviada a la Suprema, nadie estaba persuadido que tendría mejor suerte apelando ante el Papa, en Roma.

2.1. Los “autos de fe”. El horror

En los inicios de la historia de los Tribunales inquisitoriales españoles el público casi no asistía a los autos de fe; en lugar de un elaborado ceremonial, había poco más que un simple rito religioso en el que se determinaban las penas para los herejes detenidos.

“...Las normas para impulsar a la concurrencia masiva del pueblo a los “autos de fe” fueron introducidas por primera vez en las Instrucciones inquisitoriales de 1561, que sirvieron de base para elaboraciones posteriores. Se determinó entonces que los autos se celebraran en días festivos para asegurar así la máxima parti-

cipación pública. Se esperaba que asistieran todos los funcionarios de los altos cargos y la aristocracia...”¹⁹.

Un siglo más tarde, cuando la incidencia de las herejías iba decreciendo hasta casi desaparecer, el ceremonial se hizo aún más elaborado, una auténtica obra de arte del barroco; lo que es todavía más, el tribunal tomó gran cuidado en distribuir hojas volantes sobre estos últimos autos, como si quisiera asegurarse de sus logros.

Pero no hay duda de que los autos de fe en pleno apogeo de la Inquisición eran populares. La novedad provocó también curiosidad en Europa, donde los primeros grabados de la ceremonia aparecieron en esa misma década.

En su momento de auge los autos eran un acontecimiento sin paralelo en ningún otro país. Los habitantes de comarcas remotas acudían en tropel en cuanto se anunciaba que se iba a celebrar un auto “...El auto de 1610 en Logroño atrajo, según los funcionarios de la Inquisición, a alrededor de treinta mil personas procedentes de Francia, Aragón, Navarra, el País Vasco y Castilla. Dado que la ciudad contaba con una población de sólo unos cuatro mil habitantes, el evidentemente exagerado número de visitantes crearía una impresión memorable...”²⁰.

El escenario se instalaba invariablemente en la plaza mayor o en el mayor espacio público disponible. El elaborado e impresionante ritual del procedimiento, descrito claramente en pinturas de la época, exigía grandes gastos, razón por la cual los autos de fe no eran muy frecuentes. Esta frecuencia era fijada a discreción por cada

¹⁹ Kamen, Henry, ob. cit., p. 199.

²⁰ Kamen, Henry, ob. cit., ps. 199 y 200.

uno de los tribunales y de los presos disponibles, ya que el procedimiento era esencialmente un espectáculo.

“...Si era necesario, se traía a los presos desde las partes más remotas de la península: para el gran auto de 1680 en Madrid se trajeron condenados de Galicia y Andalucía. Cuando se habían reunido suficientes presos para que valiera la pena celebrar un auto, se fijaba una fecha para el acontecimiento y los inquisidores informaban a las autoridades municipales y catedralicias...”²¹.

Un mes antes del auto de fe, desfilaba por las calles de la ciudad una procesión de “familiares” (miembros del tribunal inquisitorial) y notarios de la Inquisición, proclamando la fecha de la ceremonia. En aquel mes intermedio se habían de hacer todos los preparativos. Se daban órdenes a los carpinteros y albañiles para que prepararan el andamiaje para la tribuna adecuada a la ocasión, y se fabricaba el mobiliario y el decorado. “...La noche anterior al auto se organizaba una procesión especial, conocida como la procesión de la Cruz Verde, durante la cual “familiares” y otras personas llevaban la cruz del Santo Oficio hasta el lugar de la ceremonia. Durante toda la noche se hacían oraciones y preparativos, a primera hora de la mañana siguiente se celebraba misa, se daba el desayuno a todos los que habían de aparecer en el auto (incluyendo a los condenados) y comenzaba una procesión que los llevaba directamente a la plaza donde se iba a celebrar el auto de fe...”.

Ilustra Kamen²² que en 1748 fue publicada en Londres

una versión muy resumida de un relato contemporáneo al auto, que, por su expresividad, nos permitimos transcribir: “...una tribuna de cincuenta pies de longitud fue erigida en la plaza, siendo levantada a la misma altura del balcón en la que había de sentarse el Rey. Al final, y a lo largo de toda la anchura de la tribuna, a la derecha del balcón del Rey, se levantó un anfiteatro, al cual se ascendía por 25 o 30 escalones, destinado al Consejo de la Inquisición y a los otros consejos de España. Sobre estos escalones y bajo un dosel, había colocado el *rostrum* del Gran Inquisidor, de manera que se alzaba a *mayor altura* que el balcón del Rey. A la izquierda de la tribuna y del balcón, se erigió un segundo anfiteatro del mismo tamaño que el primero, en donde habían de comparecer los delincuentes.

Al cabo de un mes de haber sido hecha la proclamación del auto de fe, se inició la ceremonia con una procesión que tuvo lugar la víspera del 29 de junio en la Iglesia de Santa María, con el orden siguiente: la marcha era precedida por cien carboneros, todos armados con picas y mosquetes, ya que ellos proporcionaban la leña con que eran quemados los criminales. Eran seguidos por dominicos, precedidos por una cruz blanca. Luego venía el Duque de Medinaceli, llevando el estandarte de la Inquisición. Después venía una gran cruz cubierta de crespón negro, seguida de otras personas que eran familiares de la Inquisición. La marcha era cerrada por 50 guardias de la Inquisición, vestidos de negro y blanco y mandados por el Marqués de Povar, protector hereditario de la Inquisición.

Habiendo marchado la procesión por este orden ante el Palacio, se dirigió luego hacia la Plaza, donde el es-

²¹ Kamen, Henry, ob. cit., p. 200.

²² Kamen, Henry, ob. cit., ps. 202 y 203.

tandarte y la Cruz Verde fueron colocados en la tribuna, quedando sólo los dominicos, retirándose los demás. Estos frailes se pasaron parte de la noche cantando salmos, y se celebraron varias misas ante el altar desde el amanecer hasta las seis de la mañana. Una hora más tarde aparecieron en los balcones los Reyes de España, la Reina Madre y muchas damas de calidad.

A las ocho empezó la procesión, siguiendo el mismo orden del día anterior, con la Compañía de Carboneros, que se colocó a la izquierda del balcón del Rey, y formando los guardias a la derecha de dicho balcón (el resto de los balcones estaban ocupados por los embajadores, la nobleza y los caballeros).

Después vinieron 30 hombres, portando *imágenes de cartón de tamaño natural*. Algunas de estas representaban a los que habían muerto en prisión, cuyos huesos eran asimismo traídos en baúles, en las que habían pintadas llamas; y el resto de las figuras representaban a los que habían *escapado* a las manos de la Inquisición y que eran proscritos. Estas figuras fueron colocadas a un extremo del anfiteatro.

Tras ellos vinieron doce hombres y mujeres, con cuerdas alrededor de sus cuellos y velas en las manos, con caperuzas de cartón de tres pies de altura, en las cuales se habían escrito sus delitos, o representados de diversas maneras.

Iban seguidos por otros 50 hombres, que también llevaban velas en sus manos, vestidos con un sambenito amarillo o una casaca verde sin mangas, con una gran cruz roja de San Andrés delante y otra detrás. Estos eran los delincuentes; quienes (por haber sido ésta la primera vez que eran encarcelados), se habían arrepentido de sus

delitos; y eran condenados generalmente a algunos años de cárcel o a llevar el sambenito, al que se tiene como la desgracia mayor que puede caer sobre una familia. Cada uno de estos delincuentes era llevado por dos "familiares" de la Inquisición.

Seguidamente, venían veinte delincuentes más, de ambos sexos, que habían *reincidido* tres veces en sus anteriores errores y que eran condenados a *morir en las llamas*.

Los que habían dado algunas muestras de *arrepentimiento* serían estrangulados antes de ser quemados; los restantes, por haber persistido obstinadamente en sus errores, iban a ser *quemados vivos*.

Estos llevaban sambenitos de tela, en los que había pintados demonios y llamas, así como en sus caperuzas. Cinco o seis de ellos, que eran más obstinados que el resto, iban amordazados para impedir que profirieran frases de doctrinas blasfemas. Los condenados a morir iban rodeados, además de los dos "familiares", de cuatro o cinco frailes, que los preparaban para la muerte conforme iban andando.

Pasaron estos delincuentes en el orden arriba mencionado, bajo el balcón del Rey; y tras dar la vuelta a la tribuna, fueron colocados en el anfiteatro de la izquierda, rodeado cada uno de ellos por los "familiares" y frailes que los atendían. Algunos de los "familiares", se sentaron en dos bancos que estaban preparados para ellos en la parte inferior del otro anfiteatro. Los funcionarios del Consejo supremo de la Inquisición, los inquisidores, los funcionarios de otros consejos, y varios otros personajes distinguidos, tanto del clero regular como del secular, todos ellos a caballo, llegaron luego con gran so-

lemnidad y se colocaron en el anfiteatro hacia el lado derecho, a ambos lados del *rostrum* en que había de sentarse el Gran Inquisidor. Este fue el *último* en llegar, vestido de púrpura, acompañado por el presidente del Consejo de Castilla, y, una vez que se hubo sentado, el presidente se retiró. Entonces comenzó la celebración de la misa.

Hacia las doce comenzaron a leer la sentencia a los delincuentes condenados. Primero se leyó la de los que murieron en prisión o estaban proscritos. Sus figuras de cartón fueron subidas a una pequeña tribuna y metidas en pequeñas jaulas hechas con ese propósito.

Luego prosiguieron leyendo la sentencia a cada delincuente, quienes, seguidamente, eran metidos uno a uno en dichas jaulas para que todos los conocieran.

La ceremonia duró hasta las nueve de la noche y, cuando hubo acabado la celebración de la misa, el Rey se retiró y los delincuentes que habían sido condenados a ser quemados fueron entregados *al brazo secular*, y, siendo montados sobre asnos, fueron sacados por la puerta llamada Fonca y cerca de este lugar a medianoche, fueron todos *ejecutados*. En este auto de fe 11 personas *abjuraron de sus errores* y 56 fueron *reconciliadas*, dos de ellas en *efigie* porque habían muerto en prisión.

Hubo 53 *relajaciones* (muerte por la hoguera) de las que 19 fueron en persona, incluyendo la de una mujer de más de 70 años de edad...”

La descripción del procedimiento empleado en este auto de fe representa el desarrollo completo de las prácticas asumidas por la Inquisición para ejecutar las penas dispuestas por ella. Las características principales

del auto eran la procesión, la misa, el sermón de la misa y la reconciliación de los pecadores.

Curiosamente debo destacar que la quema de las víctimas no formaba parte de la ceremonia principal y, en cambio, entraba a formar parte de una ceremonia secundaria que a menudo se llevaba a cabo fuera de la ciudad en la que la pompa de la procesión principal estaba ausente.

2.1.1. Descripción de otro acto de fe

La descripción de los pormenores de otro acto de fe tiene como finalidad ilustrar aún más al lector sobre los horrendos detalles que rodeaban este macabro espectáculo magníficamente expuesto otra vez por Kamen²³:

“...El acusado está atado al poste de ejecución y le han pasado ante la cara una antorcha encendida para advertirle de lo que le espera si no se arrepiente. Alrededor del judaizante hay algunos religiosos que apretaron con mayor ansia y celo a dicho reo para que se convirtiese; y estando en serenidad pacífica, dijo: “Yo me convertiré a la fe de Jesucristo”, palabras que hasta entonces no se le había oído pronunciar; lo que *alegró* sumamente a todos los religiosos; y empezaron a abrazarle con amorosos y tiernos afectos, y dieron infinitas gracias a Dios por haberle abierto la puerta para su conversión. Y haciendo esta confesión un religioso graduado de la Orden del seráfico Padre le dijo: “¿En qué ley mueres?”. Y respondió volviendo la cara y fijando en él

²³ Kamen, Henry, ob. cit., ps. 204 y 205.

los ojos: "Padre, ya le he dicho que *muerdo en la fe de Jesucristo*"; lo que causó a todos gran gozo y alegría; y se levantó el religioso, que estaba de rodillas, y abrazó al reo; y todos los demás ejecutaron lo mismo con sumo gozo, dando gracias a la infinita bondad de Dios.

Al mismo tiempo vio el reo al ejecutor de la justicia, que sacó la cabeza por detrás del palo, y el condenado en esa oportunidad le preguntó: ¿Por qué me dijiste antes *perro*? Y le respondió el ejecutor: "Porque *negabas* la fe de Jesucristo; pero ahora que la has confesado, todos somos hermanos; y si en esto te he ofendido, puesto de rodillas te pido perdón. Y con rostro alegre lo perdonó, y se abrazaron los dos. Y deseoso de que no se malograra aquella alma que había dado tantas señales de su conversión, disimuladamente dio vuelta detrás del palo donde estaba el ejecutor, y el ejecutor le puso *la argolla* y le dio *garrote* (se refiere al modo de matar por medio del "garrote vil") porque importaba mucho *no perder tiempo* en la ejecución; lo cual con gran presteza lo dispuso.

Habiéndose reconocido que el reo estaba muerto, se dio orden al ejecutor para que por las cuatro partes del brasero prendiese fuego a toda la leña y carbón que había; e inmediatamente lo ejecutó así, empezando a arder por todas partes y a subir la velocidad de la llama por todo el tablado, y a arder las tablas y vestidos; y habiéndose quemado las ligaduras con que estaba atado cayó por el escotillón, que estaba abierto, al brasero, donde *se quemó todo el cuerpo* y se convirtió en cenizas.

Las cenizas fueron esparcidas por los campos y el río, y con esto el hereje, cuya conversión no le había proporcionado ningún beneficio temporal, desapareció de la

existencia, aunque no se borró del recuerdo, porque como era norma, tras su muerte fue colgado en la Iglesia de su pueblo un sambenito con su *nombre...*".

Después de la lectura de esta página negra en la historia de la humanidad, con el ánimo decaído para formular reflexiones, no puedo menos que resaltar que cuando se sentenciaba a muerte a un condenado sus opciones para que escapara de esa sentencia eran nulas. En todo caso las variantes giraban en el mayor o menor sufrimiento que padecería al morir. La "piedad inquisitorial" ante el arrepentimiento de haber dejado de abjurar de la fe católica le evitaba ser quemado vivo. Una muerte rápida, provocada por el "garrote vil," era todo el "premio" que podía conferirle la Santa Iglesia Católica, era todo el premio por reconciliarse con la fe cristiana.

3. *El ocaso de la Inquisición.*

El pensamiento ilustrado.

El reverdecer neo-inquisitivo

En el capítulo anterior ya nos referimos a las causas que provocaron, a partir del siglo XVIII, la lenta pero sostenida declinación del sistema inquisitorial y de sus prácticas más patéticas, hasta llegar a su extinción formal en el siglo XIX. Para evitar reiteraciones remitimos al lector a aquellas reflexiones.

Sin embargo, ante la extraordinaria vigencia temporal de ese sistema queremos remarcar como epílogo de este retrato de la maquinaria inquisitorial que la misma ha sido una desafortunada mezcla de factores convergentes y nefastos. En Latinoamérica la aceptación (por importación directa) de las prácticas de procedimientos in-

quisitoriales que abarcó desde México hasta el territorio de lo que hoy es la República Argentina quedó signada por los siguientes paradigmas del sistema:

- La iniciación e impulso de oficio de los procedimientos;
- la confusión de los roles de acusador y juzgador;
- el secreto y la forma escrita de instrumentar los trámites;
- la ignorancia sobre los efectivos cargos que se le formulaba al imputado y de la identidad de sus acusadores;
- la coacción personal del mismo;
- la privación de la libertad usada como el método ordinario de coacción para quebrar la resistencia del acusado;
- la búsqueda de la verdad real, que llegó a justificar la tortura;
- la persecución pública penal en manos casi exclusiva de los funcionarios del Estado;
- la instrucción o investigación de los delitos llevada a cabo por el mismo funcionario (juez) que, luego, debía juzgarlo;
- la posibilidad, inclusive, de denunciar esos delitos de oficio;
- la prueba de oficio;
- la delegación de las funciones;
- la tarifa legal como medio de valoración de la prueba;
- la confesión del imputado, legitimada aún bajo su obtención por medio de la tortura;
- las limitaciones en la asistencia letrada; etc.

La ominosa presencia inquisitorial en la América hispana comenzó su eclipse cuando se produjeron una cadena de hechos históricos de la mayor relevancia: la declaración de la Independencia de Estados Unidos de Nortea-

mérica de 1776; la Revolución Francesa y su declaración de los derechos humanos de 1789, entre otros acontecimientos, alentaron un nuevo período jurídico en donde el naciente pensamiento liberal se debatió —fieramente— contra las formas omnipotentes de dominio y poder del Estado absolutista.

Con la consolidación del pensamiento que motorizó la ilustración y la toma de conciencia del respeto por la dignidad de la persona humana (siglo XIX) las prácticas inquisitoriales resultaron heridas de muerte. El giro copernicano que produjo la defensa de las garantías inalienables del hombre logró la consagración de los siguientes derechos fundamentales:

- a la vida, la libertad, la integridad personal, la honra, la familia, y el patrimonio, entre otros;
- al debido proceso, la igualdad ante la ley, a ser juzgado por jueces naturales, imparciales, imparciales e independientes;
- a la inviolabilidad de la defensa en juicio y la incoercibilidad del imputado;
- a la garantía del estado de inocencia, a la protección del domicilio, de la correspondencia privada;
- a la garantía de no ser perseguido dos veces por el mismo delito;
- a no ser juzgado sino por una ley anterior al hecho del proceso;
- a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales;
- a gozar del beneficio de la duda;
- a la imposición de asistencia letrada;
- a la posibilidad de recurrir los decisorios;

- al derecho de audiencia concedido a todo lo largo del proceso.

Estas consignas –que no pretenden ser un catálogo taxativo sino relevante del nuevo orden jurídico ilustrado– ejemplifican un modo diametralmente distinto de concebir la relación autoridad/justiciable. Las concepciones “ilustradas” tuvieron la virtud de provocar la incorporación masiva de ciertos principios inalienables a la hora de perfilar la defensa en juicio, insertas en las constituciones.

Pero los códigos procesales (civiles y penales) latinoamericanos están contruidos “desde el *poder*” y con una fuerte herencia de rémoras *inquisitivas*. Mientras esa concepción no sea desplazada totalmente del mundo jurídico/procesal no debe mover a extrañeza que la llama de esperanza que sembraron las corrientes de los libres pensadores de fines del siglo XIX casi se apagara durante el siglo XX. Y a la herencia inquisitorial “pura” –que nos viene desde antaño– se le sumó una segunda calamidad: la nueva ola de autoritarismo político/jurídico que signó buena parte del siglo XX (el comunismo, el nazismo, el fascismo, el franquismo, etc.). Este nuevo rostro neo-inquisitivo se encargó de contaminar al mundo procesal con formulas desafortunadas. La nueva oleada autoritaria terminó por instalar una fractura definitiva entre ambos regímenes (el constitucional y el procesal) disociando el diseño del “debido proceso”.

Sobre estas nuevas formas neo-inquisitivas y de su decisiva influencia en el procesalismo normativo y dogmático de ese cuño que lamentablemente campea en Latinoamérica nos ocuparemos en extenso en el capítulo siguiente.

4. Conclusiones

Remarcamos en este capítulo los siguientes conceptos:

- La principal finalidad del procedimiento inquisitorial era obtener –una vez que una persona era acusada de los ilícitos que le interesaban al “sistema”– el reconocimiento de su culpabilidad para poder ser condenado por los Tribunales seculares. A la par, cuando el hecho abarcaba también la competencia de los tribunales eclesiásticos el logro consistía en el “arrepentimiento” del penitente, cancelando así la “deuda” que tenía por haber quebrado los mandatos de la fe católica.

- La Inquisición medieval fue totalmente distinta de la renacentista o moderna, ésta se instala a partir del siglo XV. En el medioevo la Inquisición no fue propiamente un tribunal ni una entidad organizada sino un procedimiento judicial que se seguía ante la sospecha de herejía. Es en la época de Los Reyes Católicos cuando el Santo Oficio se transforma en una compleja organización. Se puede afirmar, por tanto, que la Inquisición que ocupa nuestro interés y la más criticada no fue fruto del denominado “oscurantismo medieval” sino que surgió en pleno Renacimiento.

- El procedimiento inquisitorial se componía de las siguientes fases: etapa preparatoria, fase indiciaria, medidas cautelares, apertura del proceso, búsqueda de pruebas, aplicación del tormento, sentencia, aplicación de las penas –auto de fe– y modificación del veredicto.

- Las exigencias para condenar que imponía la ley debieron conducir “naturalmente” a aceptar la tortura del reo para que confesara, pues, de otra manera, debió re-

sultar muy difícil condenar; por ejemplo, cuando la acción no había sucedido en presencia de dos o tres testigos, o no existían suficientes indicios coincidentes, de acuerdo a la forma en que se había llevado a cabo el crimen, como lo exigía la ley. De allí que la confesión adquiriera un valor superior entre todos los medios de prueba.

- En Latinoamérica la aceptación (por importación directa) de las prácticas de procedimientos inquisitoriales que abarcó desde México hasta el territorio de lo que hoy es la República Argentina quedó signada por los siguientes paradigmas del sistema:

- La iniciación e impulso de oficio de los procedimientos;
- la confusión de los roles de acusador y juzgador;
- el secreto y la forma escrita de instrumentar los trámites:
 - la ignorancia sobre los efectivos cargos que se le formulaba al imputado y de la identidad de sus acusadores;
 - la coacción personal del mismo;
 - la privación de la libertad usada como el método ordinario de coacción para quebrar la resistencia del acusado;
 - la búsqueda de la verdad real, que llegó a justificar la tortura;
 - la persecución pública penal en manos casi exclusiva de los funcionarios del Estado;
 - la instrucción o investigación de los delitos llevada a cabo por el mismo funcionario (juez) que, luego, debía juzgarlo;
 - la posibilidad, inclusive, de denunciar esos delitos de oficio;
 - la prueba de oficio, etc.
 - la delegación de las funciones;

- la tarifa legal como medio de valoración de la prueba;
- la confesión del imputado, legitimada aún bajo su obtención por medio de la tortura;
- las limitaciones en la asistencia letrada; etc.

La ominosa presencia inquisitorial en la América hispana comenzó su eclipse cuando se produjeron una cadena de hechos históricos de la mayor relevancia: la declaración de la Independencia de Estados Unidos de Norteamérica de 1776; la Revolución Francesa y su declaración de los derechos humanos de 1789, entre otros acontecimientos, alentaron un nuevo período jurídico en donde el naciente pensamiento liberal se debatió –fieramente– contra las formas omnipotentes de dominio y poder del Estado absolutista.

Con la consolidación del pensamiento que motorizó la ilustración y la toma de conciencia del respeto por la dignidad de la persona humana (siglo XIX) las prácticas inquisitoriales resultaron heridas de muerte. El giro copernicano que produjo la defensa de las garantías inalienables del hombre logró la consagración de los siguientes derechos fundamentales:

- a la vida, la libertad, la integridad personal, la honra, la familia, y el patrimonio, entre otros;
- al debido proceso, la igualdad ante la ley, a ser juzgado por jueces naturales, imparciales e independientes;
- a la inviolabilidad de la defensa en juicio y la incoercibilidad del imputado;
- a la garantía del estado de inocencia, a la protección del domicilio, de la correspondencia privada;
- a la garantía de no ser perseguido dos veces por el mismo delito;
- a no ser juzgado sino por una ley anterior al hecho del proceso;

-a la prohibición de ser juzgado por comisiones especiales;

- a gozar del beneficio de la duda;
- a la imposición de asistencia letrada;
- a la posibilidad de recurrir los decisorios;
- al derecho de audiencia concedido a todo lo largo del proceso.

Estas consignas –que no pretenden ser un catálogo taxativo sino relevante del nuevo orden jurídico ilustrado– ejemplifican un modo diametralmente distinto de concebir la relación autoridad/justiciable. Las concepciones “ilustradas” tuvieron la virtud de provocar la incorporación masiva de ciertos principios inalienables a la hora de perfilar la defensa en juicio, insertas en las constituciones liberales del Continente Americano. Sin embargo, y esto también lo llevamos dicho, a la hora de hacerse efectiva esas garantías contenidas en los “programas constitucionales” la coexistencia de las cartas magnas con códigos procesales de un signo contrario (que ni siquiera merecen ser llamados así, ya que constituyen meros procedimientos) cargados del ideario inquisitivo, provocaron un verdadero desmadre ideológico. La codificación procesal logró desnaturalizar, borrar y hasta suprimir el ideario libertario y garantista constitucional. Ésta fue (y es) la constante tensión en la que se debatieron y debaten los sistemas de enjuiciamiento desde la época de la colonia hasta el presente.

Los códigos procesales (civiles y penales) latinoamericanos están contruidos “desde el poder” y con una fuerte herencia de rémoras inquisitivas. Mientras esa concepción no sea desplazada totalmente del mundo jurídico/procesal no debe mover a extrañeza que la llama de esperanza que sembraron las corrientes de los

libres pensadores de fines del siglo XIX casi se apagara durante el siglo XX. Y a la herencia inquisitorial “pura” –que nos viene desde antaño– se le sumó una segunda calamidad: la nueva ola de autoritarismo político/jurídico que signó buena parte del siglo XX (el comunismo, el nazismo, el fascismo, el franquismo, etc.). Este nuevo rostro neo-inquisitivo se encargó de contaminar al mundo procesal con formulas desafortunadas. La nueva oleada autoritaria terminó por instalar una fractura definitiva entre ambos regímenes (el constitucional y el procesal) disociando el diseño del “debido proceso”.

Bibliografía utilizada

- COMELLA, Beatriz, *La Inquisición Española*, 2ª ed., Ediciones Rialp, S.A., España, Madrid, 1998.
- KAMEN, Henry, *La Inquisición Española*, 1ª ed., trad. Ed. Barcelona, España, Crítica, 1999.
- MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, I B, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

Capítulo IV

EL REVERDECER NEO-INQUISITIVO DEL SIGLO XX

Sumario

1. Los regímenes políticos autoritarios y su responsabilidad en el reverdecer neo-inquisitivo del siglo XX. 2. La visión sobre el autoritarismo procesal brindada por el procesalista italiano Franco Cipriani. 3. El autoritarismo procesal del siglo XX en la palabra de Juan Montero Aroca. 4. La neo-Inquisición procesal en el estudio realizado por Adolfo Alvarado Velloso 5. Opiniones sobre la neo-Inquisición procesal del Siglo XX. El nacimiento de su opuesto: El garantismo procesal. 6. Reflexiones en este tramo. 7. Conclusiones.

1. *Los regímenes políticos autoritarios
y su responsabilidad en el reverdecer
neo-inquisitivo del siglo XX*

El fenómeno del autoritarismo político y su influencia en el presente del derecho procesal ya fue un tema largamente tratado en mi tesis de Magíster¹.

El lector que se encuentre interesado en ampliar los conceptos que se vierten en este capítulo puede acudir a dicha fuente bibliográfica. Sin perjuicio de lo antes expuesto, y para cerrar el paneo histórico de los sistemas de procesamiento en la antigüedad, en la edad media, en la era moderna y en la contemporánea, se impone que la cuestión deba ser tratada nuevamente.

Además, existen nuevas motivaciones para abordar el tema, en especial porque esta cuestión referida a los procesos neo-inquisitivos ha sido motivo de un ensayo reciente por parte de Adolfo Alvarado Velloso, poniendo de manifiesto el renovado interés que exhibe la doctrina americana y europea, preocupada en desnudar el trasfondo ideológico que se anida en los sistemas procesales actuales.

Ubicados, entonces, en el siglo XX cabe señalar que una sucesión de acontecimientos *políticos y jurídicos*

¹ Benabentos, Omar Abel, ob. cit., p. 90.

contribuyeron a cimentar una *nueva oleada de autoritarismo procesal*, que vino a *sumarse* a la que ya padeció América latina bajo el formato “inquisitivo puro”, período que –como se sabe– se extendió desde el siglo XV hasta el siglo XIX.

En el terreno político el nacimiento de los regímenes *autoritarios* (prusianos, comunistas, nazistas y fascistas), gestados en la última parte del siglo XIX y que se afianzaron con particular intensidad hasta la primera mitad del siglo XX, proyectaron sobre las concepciones liberales y los diseños garantistas del debido proceso –pergeñadas en todas las constituciones latinoamericanas– *funestas consecuencias*. A partir de este inconciliable entrecruzamiento ideológico el sistema procesal se desquició, exhibiendo groseras incongruencias.

En efecto, el autoritarismo político de esas naciones *exportó* hacia sus sistemas de procesamiento (en definitiva, el *brazo jurídico* de dichos regímenes) una amplia cuota de *omnipotencia* otorgada al poder jurisdiccional y sustentó una concepción *excesivamente publicista* acerca del método de debate, impregnando con ambas tendencias a los códigos procesales civiles y penales, nacidos al calor de esa *ideología*. En otros términos: estos desafortunados paradigmas “infra-constitucionales” produjeron fuertes filtraciones *autocráticas* en el derecho procesal de estos tiempos.

Y uno de los factores que contribuyó a la difusión en América latina de esta tendencia (remarcamos que el origen de la oleada autoritaria provenía del Continente Europeo) tuvo su causa en un hecho casi *accidental*: muchos doctrinarios, en especial españoles e italianos, huyendo de las penurias de la guerra o de la persecución

política de la que eran objeto (sufrida con anterioridad, simultáneamente o posteriormente al curso de la segunda guerra mundial), comenzaron, en la década del cuarenta y cincuenta, a hacer pié en América y se abocaron de inmediato a una intensa tarea intelectual: en esa faena otorgaron especial importancia a su intención de hacer conocer en América las ideologías y las normas procesales de los países de donde provenían.

Por ejemplo, ha sido notable la tarea de traducción y publicación que en ese sentido llevaron a cabo Santiago Sentís Melendo y Niceto Alcalá-Zamora y Castillo. El primero desde el cono sur del continente y el segundo en México, ilustraron y persuadieron a los estudiosos del derecho procesal sobre la bondad del “nuevo modelo procesal europeo”.

Pero debe quedarnos en claro, lo decimos una vez más a riesgo de ser reiterativos, que en sus países natales la “orientación procesal” que los citados se encargaron de esparcir tenía la finalidad, por los motivos apuntados, de exaltar modelos de enjuiciamiento “*autoritarios, publicistas y decisionistas*”, en definitiva, con altos componentes de resabios inquisitivos.

Si bien se tomó especial cuidado a la hora de denominar al “formato procesal” italiano de una manera “potable” (evitando rotularlo como neo-inquisitivo) “definiéndolo eufemísticamente como sistema “mixto” el “servicio” ideológico” que podía “prestar” a cierta corriente del pensamiento procesal el “camouflar” tendenciosamente ciertos términos, no pudo disimular un dato cierto: el “producto” propuesto estaba cargado, además de *un fuerte autoritarismo*, de ideas *incompatibles e incongruentes* y, por último, encerraba *gruesas antinomias*.

Lamentablemente, pese a la *ilegitimidad* manifiesta del modelo, y sin preocuparse por formular un análisis más profundo sobre la *finalidad política* (oculta y/o expresa) que se perseguía al instaurar en el ámbito procesal un modelo compatible con el autoritarismo que exhibían las *dictaduras políticas de turno* vigentes en Europa, y que fueron ocupando el “poder” en Austria, Rusia, Alemania e Italia, con una llamativa *anomia* (es decir, indiferencia frente a los peligrosos valores que se ponían en juego) se le dio, sin más, el “visto bueno” por buena parte de la dogmática, la jurisprudencia y la legislación procesal latinoamericana.

Un ejemplo paradigmático de esta tendencia se pone en evidencia en el efusivo apoyo prestado en todos los ámbitos doctrinales, primero al Código Procesal Penal italiano de 1934 y luego al Código Procesal Civil de 1940, ambos, lo digo una vez más, de neto corte autoritario.

El precio a pagar por esta visión simplista y hasta cargada de ligereza científica, que fuera alegremente asumida a la hora de “copiar” sistemas procesales vigentes en Estados totalitarios sería muy *costoso*: el procesalismo de América latina quedó *contaminado* con ideas que nunca debieron insertarse en regímenes políticos *democráticos*. Quizás la explicación de este irracional fenómeno se afina en el hecho de que en muchas partes de América la democracia fue casi una aspiración de deseos, declamada enérgicamente pero pocas veces ejercitada republicánicamente. Tengamos presente que desde México hasta la Argentina, a lo largo de todo el siglo XX gran cantidad de países estuvieron sometidos a ominosas dictaduras militares y civiles.

Por tanto, un método de juzgamiento “importado” y

autocrático era “funcional” a los sistemas políticos dictatoriales dominantes en la región. En suma: los totalitarismos europeos y las dictaduras militares o los “gobiernos” de civiles, pero sostenidos con el respaldo de las fuerzas armadas y no por la voluntad del pueblo, instalados durante décadas en México, República Dominicana, Panamá, Brasil, Perú, Chile, Cuba, Paraguay, Argentina, etc. formaron un amplio arco unido en su base por una sólida *tendencia autoritaria*.

Conclusión: el campo procesal en Latinoamérica estaba *abonado* –cultural y políticamente– para recibir y aprobar consignas autoritarias que contaminaron sus sistemas procesales.

2. La visión sobre el autoritarismo procesal brindada por el procesalista italiano Franco Cipriani

Este fenómeno de adopción “regional” de un modelo procesal totalmente verticalista y, de suyo, ajeno al diseño constitucional del debido proceso (civil y penal) que se había dibujado en las Constituciones iberoamericanas de los siglos XVIII y XIX (tributarias directas de las concepciones iluministas), también fue puesto de resalto en mi obra antes citada². La claridad expositiva del procesalista italiano Franco Cipriani desnuda este choque de paradigmas y es su razonamiento dialéctico el que nos ha persuadido de reeditar, en este tramo, sus ideas.

Expresa Cipriani “...desde que se tomara en la región como *modelo normativo a seguir* el código proce-

² Benabentos, Omar, ob. cit., p. 90.

sal italiano (fascista) de 1940 (heredero a su vez del código procesal alemán (nazi) de 1937 y la ordenanza procesal austríaca de Klein de 1895, hablar de *autoritarismo* de estos tres sistemas normativos es casi caer en un lugar común...⁷³.

Nos queremos detener en las reflexiones de Cipriani, en especial las vertidas sobre la primera semilla de *autoritarismo procesal* instalada a partir del pensamiento de Klein. Es que urge entender la nociva influencia del ordenamiento procesal austro-húngaro sobre los modelos de enjuiciamiento *posteriores* que, por efecto “cascada”, se fueron cargando ideológicamente de un pesado lastre autoritario que heredamos hasta hoy.

Afirma el procesalista italiano que “...desde que nació el Estado moderno han existido siempre legisladores o estudiosos con una concepción *privatista o agnóstica* del *proceso civil*. Es evidente que la *contraposición* se ve entre aquellos que prefieren el “*garantismo*” y aquellos que aman el “*autoritarismo*”, o bien, como agudamente se ha dicho, entre una concepción *liberal y realista* y una concepción *autoritaria y moralista*. La concepción de Klein, entonces, no puede razonablemente ser considerada (sólo) *publicista*, debe ser recordada como “*aliberal y autoritaria*” –y no solamente “*fuertemente autoritaria*– y, agregaría, *moralista*: cuando se le quitan derechos a las partes y se otorgan derechos *discrecionales al juez*, se hace uso del *autoritarismo pro-*

³ Cipriani, Franco, *En el centenario del reglamento de Klein* (El proceso civil entre libertad y autoridad) Bari, Italia 1995. Separata publicada por la Academia de Derecho y de altos estudios judiciales, Biblioteca virtual, año 2000.

cesal; y cuando se ve en el proceso *un mal social y una herida para el cuerpo de la sociedad*, se hace uso del *moralismo*...⁷⁴.

Volviendo a mis ideas: el código procesal italiano de 1940, *heredero*, de este *ideario autoritario* contenía una clara tendencia *publicista* y *neo-inquisitiva* (no podía ser de otra forma si tenemos presente el contexto *fascista* del régimen que imperaba a la época de su dictado). Es una consecuencia natural de ese tipo de “Estados autoritarios” que el poder político estuviera interesado en *positivizar* en los Códigos Procesales civiles y penales facultades y/o deberes a favor de “*sus jueces*”, a quienes dotaron de *plenos poderes*, ya que estos no eran más –insisto– que el *brazo jurídico* (“*funcional*” al *sistema político autoritario*), resultando apetecible para el gobernante que el juez pudiera resolver casi a su *antojo* (en rigor, al antojo de quién dependía) las cuestiones jurídicas que le *interesaban* al “Estado”.

Conclusión: el Código Procesal Civil Italiano de 1940 contribuyó en gran medida a instaurar la *omnipotencia judicial* en Latinoamérica. A partir de la “copia” de ese diseño se instaló la idea de la supuesta *bondad intrínseca* de un proceso excesivamente *publicista*, marcando una tendencia que se profundizó más y más a medida que transcurrían los años. Y así, sin advertir el origen viciado de la ideología que lo inspiraba, sumado al *respeto intelectual* que se tenía por la escuela procesal italiana que le dio vida –centrada en la figura de Calamandrei– a quien se le atribuye haberle prestado su apoyo ideológico, los legisladores latinoamericanos “*adop-*

⁴ Cipriani, Franco, ob. cit., p. 69.

taron” entusiastamente el *modelo* y el *espíritu* de esa legislación foránea.

Este duro golpe propinado al diseño constitucional del debido proceso (garantista) que no comulga con un juez inquisidor o munido de excesivos poderes de investigación y prueba (recordar que el paradigma garantista es el juicio por jurados que, por esencia, supone un órgano de la jurisdicción que *jamás* investiga o prueba para tomar su decisión) no ha sido de intensidad menor. El desquicio generado por la intromisión exótica de una *versión moderna y refinada del neo-inquisitivismo procesal* es un sayo muy duro de levantar y mejor será que asumamos –para quienes no resistimos más tolerar procesos civiles y penales que le den la espalda a las garantías constitucionales de los justiciables– que nuestro camino para cambiar estos esquemas estará sembrado de espinas y no de rosas (en general, a nadie le gusta reconocer que estuvo abrazando una ideología equivocada).

3. *El autoritarismo procesal del siglo XX en la palabra de Juan Montero Aroca*

Montero Aroca, explica –completando docentamente la idea del jurista italiano Cipriani– la realidad procesal autoritaria del siglo XX en los siguientes términos:

“...Frente a la idea de que el proceso es cosa de las partes, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada *publicización* del proceso, estimándose que esta concepción *arranca de Klein* y de la Ordenanza Procesal Civil Austríaca de 1895.

Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el *autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época* y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, puede resumirse en estos dos postulados:

1) El proceso es un *mal*, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad.

2) El proceso afecta a la *economía nacional*, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia.

Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo *rápido* el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez *no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso*, dotado de *grandes poderes discrecionales*, que han de estar al servicio de garantizar, no sólo los derechos de las partes, sino principalmente *los valores e intereses de la sociedad*. A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca una pretendida *función social del proceso*, su conversión en un fenómeno de masas en torno al que se consagra la *publicización* del mismo, tema que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo.

En ese debate se ha llegado a sostener la conveniencia de *suprimir* el principio de la *iniciación del proceso a instancia de partes*, como se hizo en los países *comunistas*. Naturalmente, que en el *mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado* es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie; pero desde esta obviedad no puede llegarse en un razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación *del prin-*

cipio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría *negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego*.

La *publicización* del proceso tuvo su origen en un momento y en un país determinado y se plasmó en una Ordenanza Procesal Civil que, al menos, debe calificarse de *anti-liberal y autoritaria*, y opuesta a su *alternativa que es la concepción liberal y garantista del proceso civil*.

El conceder *amplios poderes discrecionales al juez*, y precisamente a unos *jueces como el austríaco o el italiano* de sus épocas fuertemente *sujetos al poder ejecutivo*, sólo se explica si al mismo tiempo se *priva* de esos poderes a *las partes*, poderes que en realidad se resuelven en *garantías* de las mismas en el inicio y en el desarrollo del proceso civil. No se ha destacado lo suficiente que los *códigos* en que se han concedido *mayores facultades a los jueces* se han promulgado precisamente en países y momentos en que esos jueces eran *menos independientes*, de lo que ha resultado que, a la postre, con la concesión de esas facultades se estaba favoreciendo *la injerencia del poder ejecutivo en la efectividad de los derechos subjetivos de los ciudadanos*. Una cosa es reconocer que el proceso civil ya no es sólo el reducto de la clase media de un país, es decir, el medio previsto por el legislador para que los poseedores debatan en torno al derecho de propiedad, y otra muy distinta configurarlo como un *"fenómeno de masas"* en el que no importan tanto los derechos individuales del ciudadano *cuanto los intereses públicos o sociales*.

Por ello, en los últimos años estamos asistiendo a la difusión de la idea de que el proceso civil se resuelve básicamente en un sistema de *garantías* de los dere-

chos de los ciudadanos, en el medio jurídico para que las partes debatan en condiciones de plena contradicción e igualdad los conflictos que los separan.

Y ello, sin dejar de asumir la realidad social de la proliferación de los procesos y de la búsqueda de nuevas soluciones y, sobre todo, sin confundir la autonomía de la voluntad y la libertad de los ciudadanos en la *tutela* de sus derechos e intereses legítimos y el tratar de hacer posible esa tutela de modo *efectivo*, facilitando el acceso a los tribunales y tendiendo a que dicho acceso se realice en condiciones de igualdad. El fenómeno de la *publicización* se ha basado, creemos, en una *gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso*.

Una cosa es *aumentar* los poderes del juez respecto del *proceso mismo* (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra aumentarlas con relación al *contenido del proceso* y de ese modo que pueda llegarse a *influir en el contenido de la sentencia*.

No hay *obstáculo alguno* en aumentar las *facultades procesales* (y de ahí que nadie se oponga a convertir el tradicional impulso de partes en impulso de oficio), y con ello puede entenderse que se da primacía al interés público sobre el privado, pero *sí lo hay en que el juez pueda de oficio iniciar el proceso o alegar hechos o practicar pruebas no pedidas por las partes, pues de este modo se está afectando a la existencia de los derechos subjetivos reconocidos en la norma material...*⁵.

⁵ Montero Aroca, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Ponencia presentada ante XVII Congre-

Agregar reflexiones propias a este claro diagnóstico de Montero Aroca sería una repetición de conceptos que se superpondrían a las enseñanzas del procesalista español. El mejor homenaje que puedo rendirle es transcribir su pensamiento y manifestar mi plena coincidencia, sin glosa alguna.

4. *La neo-Inquisición procesal en el estudio realizado por Adolfo Alvarado Velloso*

Adolfo Alvarado Velloso⁶ ha producido en el año 2003 una obra que considero de vital importancia para *impulsar la concepción garantista del proceso* y, además, coadyuva a fomentar *la reflexión crítica* sobre los sistemas neo-inquisitivos vigentes en el siglo XX y que se prolongan hasta el presente.

Como tributo a nuestro maestro, y con claro beneficio para el lector –ya que la altura intelectual del mismo impone que se tomen muy en cuenta sus autorizados dichos– nos permitimos incorporar la transcripción textual de alguna de sus ideas publicadas en la obra ya mencionada.

Repasar el legado autoritario de la mano de Alvarado Velloso nos llevará a conclusiones ideológicas y dogmáticas muy esclarecedoras.

so Iberoamericano de Derecho Procesal, realizado en Costa Rica, en el mes de octubre de 2000. Libro de Relatorías y Ponencias, t. II, p. 319 y sigs. Departamento de publicaciones e impresos del poder judicial de San José de Costa Rica.

⁶ Alvarado Velloso, Adolfo, *El debido Proceso de las Garantías Constitucionales*, Ed. Zeus, Rosario, Argentina, 2003.

Enseña Alvarado Velloso⁷, en el mismo sentido ya expresado por Cipriani y Montero Aroca, que: “...Finalizando el siglo XIX, Franz Klein era *Guardasellos* de Francisco José I y, en tal carácter, impuso desde la misma Viena el “*Reglamento Josefino*”, Ordenanza que comienzo a comentar.

Había transcurrido ya más de un siglo de vigencia del *Reglamento* y para el Emperador –con el afirmado objeto de lograr una férrea unidad nacional– se hizo imperioso enfrentar a las minorías del país y a las fuerzas liberales que socavaban la autoridad imperial. Para eso decidió endurecer aún más el control sobre las masas, primero con el ejército y, luego, con los jueces.

Un prestigioso autor italiano contemporáneo (Alvarado se refiere al ya citado Franco Cipriani) sostiene que las ideas de Klein en ese entonces giraban en torno a los males que se adjudicaban al proceso de la época: se decía que era un absurdo mal que conllevaba enormes pérdidas de tiempo, inútil dispendio de dinero, infructuosa indisponibilidad de los bienes litigiosos y fomento de iras y pasiones encontradas entre los propios litigantes.

Para paliar ello, había que lograr un proceso muy rápido siempre y de poca costosa definición, tramitado en lo posible oralmente en única audiencia.

A este efecto, era menester quitar a los interesados –las partes– la responsabilidad de que el método funcionara y, así, el propio Estado comenzó a ser el único o principal encargado del impulso procesal.

Así, el juez dejó de juzgar el litigio y comenzó a dirigir

⁷ Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 84 y sigs.

el proceso como *capitán de barco o director de debate*, en su calidad de representante profesional del *bien común*.

En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso con los pocos poderes necesarios al efecto, sino de autorizarlos desde la propia ley para que hicieran todo aquello que considerasen menester en la oportunidad en que así lo decidieran.

De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido –a voluntad de un solitario legislador– el proceso pasó de ser *un método pacífico de debate entre particulares*, a ser un *instituto de derecho público* en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: *los más altos valores sociales* aún con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado.

Con el método así concebido se esperaba generar un nuevo proceso en el cual jueces, abogados y partes colaboraran solidaria y activamente en la búsqueda de la verdad y en la formación de una decisión justa.

Como era de esperar, tan abrupto e inesperado cambio de las reglas de juego entonces imperantes, no fue aceptado pacíficamente por los abogados que lo sufrirían en lo inmediato, pues, a la postre, el juez podía neutralizar a los letrados sujetos a su propio control.

Ese alzamiento generó una larga *vacatio legis* –hasta el 1 de enero de 1898, fecha en la cual comenzó a regir en el Imperio– que fue utilizada por Klein –al decir de un importante jurista italiano– para “amansar a los abogados de Viena que en 1897 amenazaron con una revolución con el fin de impedir la implementación del nuevo procedimiento” y “a fin de preparar adecuadamente a los jueces para que actuaran con *mano dura*”.

Por cierto, todo terminó con la vigencia de la ley –hasta hoy– y, así, se entronizó la figura del *juez director* (que en verdad encubría a un verdadero dictador) que podía hacer lo que quería al tramitar un proceso en aras de buscar la *verdad real* para lograr *hacer justicia en el caso concreto* pero, en esencia, comprometido con los fines políticos del régimen que representaba, a la luz de cuyos principios actuaba e interpretaba los hechos y juzgaba las conductas.

Quiero creer que el método habrá resultado eficaz en el control buscado pues pronto fue paradigma legislativo.

En breve se verá que la historia se repitió exactamente en diversos lugares de Europa.

Afirma Alvarado Velloso que esta ley inspiró a la Ordenanza alemana de 1937. En sus palabras⁸:

“...Si bien se mira su articulado, resulta copia del texto austríaco en este tema y, a no dudar, no fue casual ni inocente su elección. En ese año gobernaba Alemania Adolfo Hitler, que de republicano tenía poco, y que repitió, en los hechos, similar persecución racial a la de los Reyes Católicos, pero superándolos largamente pues ahora terminó en un genocidio de seis millones de personas.

Esto no es un secreto para nadie que haya leído un poco de historia: el dominio político del *nacional-socialismo* terminó con la idea del Estado de Derecho sin necesidad de abolir todo el sistema imperante antes de su arribo al poder.

Basta citar acá –como ejemplo de lo que decimos y sin

⁸ Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 88 y sigs.

necesidad de mencionar puntualmente alguna norma procesal en particular— la notable influencia del *partido nazi* en la organización judicial; la creación de tribunales con competencia y procedimientos especiales originados para juzgar ciertas causas políticas; la proclamación del Führer como *Gran Señor Superior de la Justicia*; la abolición de la independencia de los jueces mediante el retiro de su inamovilidad, o su separación por causas políticas o su retiro por razones raciales; la suspensión de la prohibición de la *reformatio in peius*; la supresión de los escabinos; la abolición de la cosa juzgada; la posibilidad de los jueces de descartar cualquier medio de prueba ofrecido por las partes según los parámetros de su propia libre apreciación con la mera mención de considerarla innecesaria para la solución del litigio, etcétera, etcétera...”.

¿Hace falta decir algo más sobre este ordenamiento para convencer al lector de su ideología totalitaria?

Y Alvarado Velloso nos lleva en su recorrido histórico a un hito central del procesalismo contemporáneo: la *puesta en vigencia del código procesal civil italiano de 1940*. Razona Alvarado que ambos cuerpos legales —el austríaco y el alemán— resultaron ser inspiradores de la magna obra legislativa contenida en el código Italiano de 1940⁹.

“...Gobernaba a la sazón en Italia el *Duce* Benito Mussolini, líder del movimiento fascista y amigo y socio de Hitler en la integración del *Eje* que terminó perdiendo la hasta ahora última gran guerra mundial.

Su Ministro de Justicia, Dino Grandi, proyectó una reforma integral al procedimiento civil del país y, para eso —obvio— se inspiró en los tres ordenamientos recién citados y vigentes en los países vecinos comandados por el propio Hitler.

Al firmar con su nombre la *Exposición de Motivos del Proyecto*, ésta se conoce desde entonces como la *relación Grandi*. Allí se encuentran las ideas fundamentales plasmadas en la ley y creo menester copiarla seguidamente en sus partes pertinentes para que el lector tome cabal conciencia del origen más cercano de nuestra legislación actual.

Alvarado realiza una minuciosa descripción de la “relación Grandi” que, en sus partes sustanciales, transcribo¹⁰:

Posición y evolución del problema de la reforma

“...Sobre todo, el Código encuentra su razón histórica en el renovado *sistema de las relaciones entre el individuo y el Estado*, del cual el proceso es una expresión particularmente característica, y tiene en la transformada conciencia jurídica y política de la Nación el fundamento y la garantía de la recta aplicación de sus reformas...”.

“...en el *Estado fascista el proceso no representa sólo un choque de intereses, sino que es instrumento de fecundo avenimiento de los mismos*, el cual no pretende únicamente asegurar un sistema ordenado de vida social, *inspirado en las finalidades supremas del Estado*, sino también garantizar a través de la aplicación de las

⁹ Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 90 y sigs.

¹⁰ Alvarado Velloso, Adolfo, ob. cit., p. 94 y sigs.

normas jurídicas que regulan la vida de la Nación la realización de los supremos intereses de ésta en las relaciones privadas.

Y constituye, sobre todo, *un instrumento tendiente a alcanzar ese fin que la palabra del Jefe de Gobierno señaló como meta de la revolución fascista: una más alta justicia social...*”.

El Juez y la Ley

“...Se ha establecido, como uno de los puntos fundamentales de la reforma procesal, *el acrecimiento de las facultades del juez*; con ello quiere aludirse, como se dirá dentro de poco, a las *facultades de dirección del proceso e investigación de la verdad de los hechos*; en cuanto a la aplicación del derecho *in iudicando*, la función del juez debe estar sometida, por regla, a la observancia fiel e inteligente de la ley...”.

“...En el Estado fascista el aumento de la autoridad del juez no puede significar que se le otorguen facultades creadoras del derecho; hubiera sido inútil levantar el gran edificio de la codificación, que encierra en cada uno de sus artículos el carácter de una consciente y unitaria voluntad renovadora, si luego se hubiese conferido al juez la *facultad de sobreponer en cada caso, su variable albedrío a la voluntad expresa de la ley*.

El Estado autoritario rechaza con energía las tendencias que periódicamente reaparecen durante las crisis de la legalidad, en cuya virtud se exalta al juez para deprimir al legislador; estas tendencias constituyen un debilitamiento de los poderes centrales del Estado y un quebranto de la unidad del derecho, debiendo rechazarse en un Estado que sea el custodio celoso de su unidad y de su soberanía.

“...Si en los períodos de transición, cuando está formalmente en vigor el antiguo derecho superado por los tiempos, puede ser útil otorgar al juez facultades generales para *juzgar según equidad*, permitiéndole así abrir el camino del nuevo derecho en formación entre las grietas de las antiguas leyes, *esta amplitud de facultades no es concebible en un juez llamado a aplicar una legislación joven*, que refleja en cada artículo los nuevos tiempos; en este clima histórico se requiere solamente que el juez sea el continuador sensible y fiel de las disposiciones directivas consagradas en la ley y *no se admite la idea de poder pasar del sistema de la legalidad, según el cual el derecho se exterioriza en disposiciones generales y abstractas que el juez debe aplicar a los casos concretos, a la justicia patriarcal del caso particular, retrocediendo milenios*.

En todos estos supuestos, la ventaja que ofrece el nuevo código para la conciliación o decisión según equidad, no debe considerarse como una muestra de desconfianza en la legalidad y un síntoma de tendencia acomodatícia para desvalorizar la lucha por el derecho en beneficio de las soluciones de transacción.

En muchas oportunidades puede bastar *in limine litis* la palabra sabia o influyente del juez para que las partes entiendan cómo, sin recurrir a la lucha judicial, tienen en el acuerdo amistoso el instrumento para dirimir su litigio con beneficio recíproco.

El juez, dijo el 16 de octubre de 1939 ante la Comisión de las Cámaras legislativas, es *el órgano a quien el Estado encomienda la función esencial de aplicar la ley mediante el procedimiento*.

En el fondo de la cuestión se halla el renovado con-

cepto de *dignidad y autoridad del Estado y de sus órganos*, en cuya virtud *no podría admitirse que el juez asista como espectador impasible y a veces impotente, como si fuera un árbitro en un campo de gimnasia que se limita a marcar los puntos y controlar que sean respetadas las reglas del juego*, de una lucha que compromete directamente la más celosa y alta función y responsabilidad del Estado. *Es necesario por lo tanto que el Juez tenga una dirección determinada del proceso, una posición prominente y reguladora.*

“...La primera clase de consideraciones conduce a esta conclusión: que también en el proceso civil *el Juez debe tener a su alcance, en todos los casos, los poderes indispensables para administrar la justicia de manera activa, rápida y proficua. Aun si la controversia atañe a relaciones de derechos privados, que las partes hubieran podido disponer libremente prescindiendo del proceso, ello no quiere significar que el proceso, una vez iniciado, deba considerarse como asunto privado, cuyos destinos pueden dejarse librados al interés individual de los litigantes...*”.

También en los juicios sobre temas de derecho privado entra en juego, al requerirse la intervención del juez, ese *interés eminentemente público que es la justa y solícita aplicación de la ley en el caso concreto; no debe entonces permitirse que los particulares invoquen la justicia y la utilicen para fines contrastantes con la misma, y tampoco que abrumen a los tribunales con sus fintas dilatorias que el Juez a de presenciar inerte hasta tanto así lo quieran los litigantes. Aun si la relación debatida es de puro derecho privado, el Juez debe estar proveído de los poderes de orden y de disciplina in-*

dispensable para que el proceso no se paralice y no se desvíe; debe ser su director y el propulsor vigilante, solícito y sagaz. Las partes son libres de fijar el *thema decidendum*, pero corresponde al juez regular los medios y el ritmo para decidir rápidamente y bien la cuestión planteada.

El principio dispositivo, proyección en el proceso del derecho subjetivo

“...Conferir al Juez el poder de promover un litigio que los interesados quisieran evitar, permitirle juzgar sobre hechos que las partes no han traído a colación, significaría substraer en el campo procesal aquella autonomía individual que en el campo sustancial es reconocida por el derecho vigente.

Con ello no se pretende excluir –bien se entiende– el particular interés de los litigantes, así lo exija el interés público: se quiere decir solamente *que dichas limitaciones ha de establecerlas explícitamente el derecho sustancial, y no deben introducirse por conducto indirecto a través del proceso, empleando un recurso que repugnaría a la límpida y valiente técnica en que se ha inspirado la legislación italiana.*

Aquí también, *al adoptar el sistema inquisitorial*, el nuevo Código se ha preocupado en reglamentarlo de manera tal que no sufra menoscabo la virtud más valiosa del Juez, es decir la *imparcialidad*, que debe existir en todos los procesos, aún en aquellos sobre cuestiones que atañen al orden público.

El concepto tradicional que presenta al Juez como institucionalmente inerte y desprovisto de cualquier

facultad de iniciativa, *tiene tal vez su parte de cordura*, pues muy a menudo el petionar es psicológicamente incompatible con el juzgar, y el aumento desmedido de los poderes de iniciativa del juzgador puede inducirle a tomar posición antes de haber juzgado, trocándose de Juez sereno en defensor apasionado de una tesis elegida con anticipación.

El sistema de las pruebas

No obstante esto, aun conservando el sistema tradicional en sus grandes rasgos, *se ha ampliado notablemente el ámbito de la averiguación de la verdad por impulso de oficio* y se han reforzado los recursos para que la misma sea provechosa: ello acontece no sólo en los procedimientos de carácter inquisitorial donde la facultad de solicitar pruebas conferidas al Ministerio Público interviniente ha desvinculado la indagación probatoria de la iniciativa particular cuando el interés público así lo requiere, sino también en el procedimiento ordinario con carácter dispositivo, donde el Juez ha sido liberado de la situación de inercia forzada que bajo el imperio de la antigua ley lo obligaba muchas veces a cerrar los ojos ante la verdad.

Este acrecentamiento de los poderes probatorios del Juez es visible en numerosas disposiciones:

- en las que les permiten servirse del auxilio del consultor técnico con mayor facilidad, amplitud y continuidad de cómo podía hacerlo con la pericia escrita del antiguo código (art. 191 y siguientes);

- en las que lo facultan a ordenar la *inspección de personas* y de cosas (art. 118);

- y la exhibición en juicios de estas últimas (art. 210);
- en las que lo autorizan a disponer reproducciones mecánicas o experimentos (art. 258 y siguientes);
- y recabar informes de la administración pública (art. 213);
- y sobre todo en una fundamental (art. 117), que le da la facultad de ordenar el *comparendo personal de las partes en cualquier estado y grado del proceso*.

Creo más que suficiente lo aquí transcrito para dar por demostrada mi afirmación acerca del corte inquisitorial de todas las leyes mencionadas y pertenecientes a totalitarismos de derecha.

En este recorrido histórico continúa ilustrando Alvarado Velloso. "...Me ocuparé ahora de otro código dejado a propósito para el final, no sólo porque es posterior al italiano sino porque pertenece además a un totalitarismo de izquierda, cual es la ley soviética".

La ley de Procedimientos Civil Soviética de 1979

Esta ley, aprobada el 9 de octubre de 1979 por el *Presidium del Soviet Supremo de la Unión de las Repúblicas Socialistas Soviéticas*, con texto claramente inspirado en todas las normativas antes mencionadas, endiosa nuevamente al sistema inquisitorio y lo "mejora" según las conveniencias del partido gobernante.

Veamos algunas de sus normas que transcribiremos puntualmente:

Art. 2. Fines del procedimiento judicial civil: Los fines del procedimiento procesal civil soviético estriban en *investigar y resolver justa y rápidamente los asuntos civiles al objeto de salvaguardar el régimen social*

de la URSS, el sistema económico socialista y la propiedad socialista.

El procedimiento debe coadyuvar al fortalecimiento de la legalidad socialista, a la prevención de las infracciones, a la ley y a la educación de los ciudadanos en el espíritu del estricto cumplimiento de las leyes soviéticas y de respeto a las reglas de convivencia socialista.

Para lograr estas finalidades el art. 16 dispone:

El Tribunal está obligado, sin limitarse a los datos y alegaciones presentados, a adoptar todas las medidas señaladas por la ley para esclarecer del modo más completo, multilateral y objetivo las circunstancias reales del pleito y los derechos y alegaciones de las partes.

El Tribunal debe explicar a las partes sus derechos y obligaciones, prevenirles de los efectos de la comisión u omisión de actos procesales y *ayudarles en el ejercicio de sus derechos.*

Art. 18. Obligatoriedad de la prueba: Cada parte debe probar las circunstancias que alega como fundamento de sus presentaciones y objeciones.

Las pruebas son presentadas por las partes y otras personas que concurren al pleito.

Si las pruebas son insuficientes, el Tribunal propone a las partes y a las otras personas que concurren al pleito que aduzcan prueba complementaria, o las reúne por iniciativa propia.

Art. 19. Valoración de la prueba: El Tribunal valorará las pruebas ateniéndose a su *convicción íntima*, fundada en el examen multilateral, completo y objetivo durante la celebración del juicio de todas las circunstancias del pleito en su conjunto, rigiéndose por la ley y

por la conciencia jurídica socialista. Ninguna prueba tiene para el Tribunal un vigor establecido de antemano”.

Art. 36. Participación de las organizaciones sociales: Los representantes de organizaciones sociales y colectividades laborales *que no son partes en el pleito* pueden ser autorizados, por la decisión del Tribunal, a participar en la *vista para exponer al mismo la opinión de las organizaciones y colectividades representadas por ellos sobre el pleito que examina el Tribunal.*

Como se ve, reflexiona Alvarado Velloso que todos los totalitarismos coinciden: tanto los de derecha como los de izquierda mantienen idénticos objetivos –razón de Estado mediante– para lo cual utilizan similares métodos procedimentales:

1) aumentan los poderes de dirección de los jueces y sus facultades probatorias para llegar a la verdad y;

2) retacean sus facultades decisorias, exigiendo al juez un irrestricto apego a la ley vigente y prohibiéndoles terminantemente toda creación de derecho.

Antes de ver cuál ha sido la enorme influencia de todas estas leyes en la legislación argentina contemporánea, creo conveniente detenerme en el entusiasmo de los autores italianos y alemanes y su influencia en América. Durante las décadas del 40 y del 50 la doctrina procesal hizo eclosión en Alemania e Italia y allí –a raíz de los nuevos ordenamientos legales– se escribieron innumerables tratados, estudios y obras en general que prontamente fueron editadas en castellano en Argentina y en México, donde se habían radicado buenos traductores al amparo de conocidas editoriales de la época.

En general, todos los excelentes autores responsa-

bles de la enorme obra de difusión encarada –increíblemente, muchos de los italianos eran discípulos de Chiovenda– sostuvieron que ambas legislaciones glosadas eran el *non plus ultra* en materia de enjuiciamiento.

Y rápidamente –sin reparar en su origen ideológico-político– el pensamiento deslumbró a los entonces noveles procesalistas americanos que, con citas en latín, tudesco e italiano, pontificaron recurrentemente acerca de las bondades del método consagrado *en los países más adelantados de Europa, donde había sido largamente elogiado por la buena doctrina de la época*.

Y así fue cómo los juristas de América, convencidos de que *eso era lo mejor*, miraron hacia el nuevo oriente jurídico con el método vigente en esos lares desde el siglo XVI y al cual estaban ya acostumbrados...”.

5. Opiniones sobre la neo-Inquisición procesal del Siglo XX. El nacimiento de su opuesto: El garantismo procesal

De las lúcidas reflexiones de Cipriani, Montero Aroca y Alvarado Velloso dedicadas al neo-inquisitivismo procesal civil y penal contemporáneo, volvemos a nuestras cavilaciones sobre el tema.

Las normativas procesales excesivamente “publicistas” (por expresarlo en términos “suavizados”) ideadas para la región han provocado, además de un rosario de antinomias y de contribuir al descrédito generalizado que tiene el pueblo para con la maquinaria procesal-judicial un daño de tono mayor: apelar a un sorprendente *mecanismo de huída científica*.

Me explico: frente al debate que propone el garantismo

procesal –en el ámbito civil– un buen número de adeptos enrolados desde antaño en la tesis de la publicización del proceso y de otorgar fuertes poderes a los jueces –apelando a una suerte de “negación” pretenden restar trascendencia a la existencia masiva de códigos procesales *penales garantistas*– que enarbolan la bandera ideológica contraria y construyen un universo expandido de códigos procesales penales acusatorios (garantistas) que día a día se consolidan cada vez más en América latina. Niegan esta realidad argumentando que, en todo caso, *las tesis garantistas son válidas sólo para el proceso penal* (es que en este ámbito ya no pueden sostener la legitimidad de los sistemas neo-inquisitivos). Se atrincheran ficticiamente en una frase dogmática: el garantismo es una propuesta inválida para *el proceso civil contemporáneo*.

Con la misma endeble argumentativa también afirman que esta dicotomía entre ambos procesos sería una prueba decisiva que impide que pueda concebirse una teoría unitaria del derecho procesal.

Pero, mal que les pese, como la tendencia unificadora de ambos procesos se viene afianzando a base de hacerlos homogéneos, tenemos para nosotros que el mecanismo de huída ideológica elegido para negar esta realidad tiene que ceder, si tenemos presente los claros recortes a los poderes probatorios que impone el nuevo código procesal civil español (similar a los recortes probatorios de todos los códigos procesales acusatorios a los que hicimos referencia mas arriba) y que ya no pueden ser desconocidos.

Además, para rehuir al debate se cae hasta en ingenuidades: autoconvencerse de que estos nuevos vientos

del garantismo insertos en el proceso civil “no existen”, o bien que no es lo que el legislador español tenía en mente cuando puso en funcionamiento normas procesales que cercenaban las facultades probatorias de “oficio” a los jueces.

Ahora bien, si en lugar de estas formas burdas de escapismo deciden enfrentarse con la realidad, tal actitud madura supondrá revisar y brindar con otros argumentos, ante esta situación inédita, las construcciones dogmáticas, jurisprudenciales y legislativas que sostenían. Estas consignas que, pudieron tener cabida en otro contexto ideológico y político, hoy no pueden seguir justificándose seriamente.

En este nuevo panorama ya no alcanza con sostener que el Código Procesal Civil de la Nación Argentina está acertado cuando otorga fuertes poderes vinculados con la búsqueda de la verdad real y el esclarecimiento de los hechos litigiosos (artículos 34 a 37) y que todavía es lógico exigirle aún más a los jueces en la misma dirección: la reciente reforma al código nacional eleva inclusive a la categoría de deberes despachar las pruebas de oficio que sean conducentes con esa finalidad (antes quedaban en el ámbito de las facultades judiciales, ahora, insisto, se elevaron a la categoría de deberes).

Frente a tanta omnipotencia graciosamente concedida a los jueces, deberán explicar si estas facultades y/o deberes, en el marco de la concepción actual del Estado de derecho, no están a contrapelo con los derechos inalienables de los justiciables, siendo un paradigma de los mismos la garantía de la imparcialidad del juzgador y de que se les mantenga la igualdad jurídica en todas las fases del proceso.

Decir que el juez debe acceder a la búsqueda de la *verdad real* es decir poco. Frente a los embates del garantismo (que ha destruido este mito de la verdad real) el esfuerzo argumentativo para seguir prohibiendo super jueces debe ser mucho mayor.

Menuda tarea le espera a los procesalistas argentinos, colombianos, peruanos, uruguayos, etc., si se cae en la cuenta que los decrépitos “mitos” de los sistemas neo inquisitivos (el litigio como un mal social que afecta al Estado todavía más que a los litigantes, la búsqueda de la verdad real, la excesiva publicización del proceso) se han enquistado en Latinoamérica.

En numerosos códigos de la región las facultades-deberes con los que se dota a los jueces para “esclarecer la verdad de los hechos” repiten figuras casi calcadas. Así, en el Código Procesal Civil de Colombia (artículos 37 a 40) se prescribe:

Art. 37. Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1, N° 13. Deberes del juez: Son deberes del juez:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas conducentes para impedir la paralización y procurar la mayor economía procesal, so pena de incurrir en responsabilidad por las demoras que ocurran.

2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, usando los poderes que este Código le otorga.

3. Prevenir, remediar y sancionar por los medios que este Código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, lealtad, probidad y buena fe que deben observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal.

4. Emplear los poderes que este Código le concede en materia de pruebas, siempre que lo considere conveniente para verificar los hechos alegados por las partes y evitar nulidades y providencias inhibitorias.

5. Guardar reserva sobre las decisiones que deban dictarse en los procesos, so pena de incurrir en mala conducta. El mismo deber rige para los empleados judiciales.

6. Dictar las providencias dentro de los términos legales; resolver los procesos en el orden en que hayan ingresado a su despacho, salvo prelación legal; fijar las audiencias y diligencias en la oportunidad legal, y asistir a ellas.

7. Hacer personal y oportunamente el reparto de los negocios.

8. Decidir aunque no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, o aquella sea oscura o incompleta, para lo cual aplicará las leyes que regulen situaciones o materias semejantes, y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal.

9. Verificar verbalmente con el secretario las cuestiones relativas al proceso, y abstenerse de solicitarle por auto informes sobre hechos que consten en el expediente.

Parágrafo. La violación de los deberes de que trata el presente artículo constituye falta que se sancionará de conformidad con el respectivo régimen disciplinario.

Art. 38. Poderes de ordenación e instrucción: El juez tendrá los siguientes poderes de ordenación e instrucción:

1. Resolver los procesos en equidad, si versan sobre derechos disponibles, las partes lo solicitan y son capaces, o la ley lo autoriza.

2. Rechazar cualquiera solicitud que sea notoriamente improcedente o que implique una dilación manifiesta.

3. Los demás que se consagran en este Código.

Art. 39. Modificado. Decreto 2282 de 1989, Art. 1, N° 14. Poderes disciplinarios del juez: El juez tendrá los siguientes poderes disciplinarios:

1. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a sus empleados, a los demás empleados públicos y a los particulares que sin justa causa incumplan las órdenes que les imparta en ejercicio de sus funciones o demoren su ejecución.

Las multas se impondrán por resolución motivada, previa solicitud de informe al empleado o particular. La resolución se notificará personalmente y contra ella sólo procede el recurso de reposición; ejecutoria, si su valor no se consigna dentro de los diez días siguientes, se convertirá en arresto equivalente al salario mínimo legal por día, sin exceder de veinte días.

Las multas se impondrán a favor del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, salvo disposición en contrario; su cuantía y tasa de conversión en arresto, serán revisadas periódicamente por el gobierno.

2. Sancionar con pena de arresto inmutable hasta por cinco días a quienes le falten al debido respeto en el ejercicio de sus funciones o por razón de ellas.

Para imponer esta pena será necesario acreditar la falta con certificación de un empleado de la oficina que haya presenciado el hecho, prueba testimonial o con copia del escrito respectivo.

El arresto se impondrá por medio de resolución motivada que deberá notificarse personalmente y sólo será susceptible del recurso de reposición.

Ejecutoria la resolución, se remitirá copia al correspondiente funcionario de policía del lugar, quien deberá hacerla cumplir inmediatamente.

3. Ordenar que se devuelvan los escritos irrespetuosos para con los funcionarios, las partes o terceros.

4. Expulsar de las audiencias y diligencias a quienes perturben su curso.

5. Sancionar con multas de dos a cinco salarios mínimos mensuales a los empleadores o representantes legales que impidan la comparecencia al despacho judicial de sus trabajadores o representados, para rendir declaración o atender cualquiera otra citación que el juez les haga.

Art. 40. Responsabilidades del juez: Además de las sanciones penales y disciplinarias que establece la ley, los magistrados y jueces responderán por los perjuicios que causen a las partes, en los siguientes casos:

1. Cuando procedan con dolo, fraude o abuso de autoridad.

2. Cuando omitan o retarden injustificadamente una providencia o el correspondiente proyecto.

3. Cuando obren con error inexcusable, salvo que hubiere podido evitarse el perjuicio con el empleo de recurso que la parte dejó de interponer.

La responsabilidad que este artículo impone se hará efectiva por el trámite del proceso ordinario. La demanda deberá presentarse a más tardar dentro del año siguiente a la terminación del proceso respectivo. La sentencia condenatoria en los casos de los numerales 1 y 3 no alterará los efectos de las providencias que la determinaron.

En caso de absolución del funcionario demandado,

se impondrá al demandante, además de las costas y los perjuicios, una multa de mil a diez mil pesos.

Similar tendencia se refleja en el Código Procesal Civil de Perú (Artículos 50 a 53) enunciando:

Art. 50. Deberes: Son deberes de los Jueces en el proceso:

1. Dirigir el proceso, velar por su rápida solución, adoptar las medidas convenientes para impedir su paralización y procurar la economía procesal;

2. Hacer efectiva la igualdad de las partes en el proceso, empleando las facultades que este Código les otorga;

3. Dictar las resoluciones y realizar los actos procesales en las fechas previstas y en el orden que ingresan al despacho, salvo prelación legal u otra causa justificada;

4. Decidir el conflicto de intereses o incertidumbre jurídica, incluso en los casos de vacío o defecto de la ley, situación en la cual aplicarán los principios generales del derecho, la doctrina y la jurisprudencia;

5. Sancionar al Abogado o a la parte que actúe en el proceso con dolo o fraude;

6. Fundamentar los autos y las sentencias, bajo sanción de nulidad, respetando los principios de jerarquía de las normas y el de congruencia.

El Juez que inicia la audiencia de pruebas concluirá el proceso, salvo que fuera promovido o separado. El Juez sustituto continuará el proceso, pero puede ordenar, en resolución debidamente motivada, que se repitan las audiencias, si lo considera indispensable.

Art. 51. Facultades genéricas: Los Jueces están facultados para:

1. Adaptar la demanda a la vía procedimental que consideren apropiada, siempre que sea factible su adaptación;

2. Ordenar los actos procesales necesarios al esclarecimiento de los hechos controvertidos, respetando el derecho de defensa de las partes;

3. Ordenar en cualquier instancia la comparecencia personal de las partes, a fin de interrogarlas sobre los hechos discutidos. Las partes podrán concurrir con sus abogados;

4. Rechazar liminarmente el pedido que reitere otro propuesto por cualquier litigante y por la misma razón, o cuando a pesar de fundarse en razón distinta, éste pudo ser alegado al promoverse el anterior;

5. Ordenar, si lo estiman procedente, a pedido de parte y a costa del vencido, la publicación de la parte resolutive de la decisión final en un medio de comunicación por él designado, si con ello se puede contribuir a reparar el agravio derivado de la publicidad que se le hubiere dado al proceso;

6. Ejercer la libertad de expresión prevista en el Artículo 2, inciso 4., de la Constitución Política del Perú, con sujeción a lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial; y

7. Ejercer las demás atribuciones que establecen este Código y la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Art. 52. Facultades disciplinarias del Juez: A fin de conservar una conducta procesal correspondiente a la importancia y respeto de la actividad judicial, los Jueces deben:

1. Ordenar que se suprima la frase o palabra expresada o redactada en términos ofensivos o vejatorios;

2. Expulsar de las actuaciones a quienes alteren su desarrollo. Si se trata de una de las partes, se le im-

pondrá además los apercibimientos que hubieran sido aplicables de no haber asistido a la actuación; y

3. Aplicar las sanciones disciplinarias que este Código y otras normas establezcan.

Art. 53. Facultades coercitivas del Juez: En atención al fin promovido y buscado en el Art. 52, el Juez puede:

1. Imponer multa compulsiva y progresiva destinada a que la parte o quien corresponda, cumpla sus mandatos con arreglo al contenido de su decisión.

La multa es establecida discrecionalmente por el Juez dentro de los límites que fija este Código, pudiendo reajustarla o dejarla sin efecto si considera que la desobediencia ha tenido o tiene justificación; y

2. Disponer la detención hasta por veinticuatro horas de quien resiste su mandato sin justificación, produciendo agravio a la parte o a la majestad del servicio de justicia.

En atención a la importancia y urgencia de su mandato, el Juez decidirá la aplicación sucesiva, individual o conjunta de las sanciones reguladas en este Artículo.

Las sanciones se aplicarán sin perjuicio del cumplimiento del mandato.

Es más: en el Código Procesal peruano de 1993 la gran mayoría de las resoluciones interlocutorias que dicta un juez son inimpugnables (se entiende que ese magistrado esta casi al margen del "error humano" porque decide y contra su decisión no hay recursos oponibles). Y cuando puede impugnarse lo que hubiere resuelto el juez, el recurso se concede en "efecto diferido" (art. 369 de ese cuerpo legal). Resultado: el juez, en el curso de ese proceso es un auténtico *dictador* que puede provo-

car daños irreparables a las partes sin que la normativa procesal le otorgue a las mismas ningún remedio impugnatorio para ponerle freno.

El Código General del Proceso de Uruguay autoriza al juez a cercenar los medios probatorios ofrecidos por las partes (si los considera impertinentes) en la “audiencia preliminar”. Debe tenerse presente que el código uruguayo está inspirado en el código modelo único para Iberoamérica repitiendo, por tanto, el desafortunado esquema adoptado por ese “Código Modelo” respecto de la pertinencia de la prueba. Es decir, que la norma procesal uruguaya admite que el juez se entrometa con la conducencia de la prueba (en clara violación al más elemental derecho de defensa que le asiste a las partes de proponer, de armar su estrategia procesal y escoger los medios de prueba que estimen conducentes para acreditar los hechos invocados como sustento de su pretensión o su defensa).

Estos ordenamientos procesales constituyen ejemplos muy claros de un modelo que descansa sobre la figura de un juez paternalista, autorizado para investigar y probar por sí y ante sí *la verdad real*, y legitimado para encontrar la justicia *absoluta* de cada caso concreto que le toca resolver. Se lo puede parangonar con un dictador jurídico moderno, instalado en el ámbito más sensible de todos los poderes: el judicial, donde los controles frente al uso arbitrario del mismo son muy difíciles de utilizar.

Y conste que como antiguo abogado litigante no se me escapa que *al final del proceso* muchas veces queda claro que los medios probatorios han sido usados abusando del derecho de defensa de las partes. Pero, a todo

evento, este abuso se advertirá con claridad al final del camino. Y si esto aconteciere, existen otros remedios *más garantistas* (y quizás más eficaces) para disuadir al litigante abusivo de persistir en tal conducta, por ejemplo, la aplicación de *intereses procesales maliciosos* –si la parte así lo solicita– (sanción, que más allá que esté normatizada en los códigos procesales, en la práctica luce casi exótica en las decisiones jurisdiccionales).

En otros términos limitar los medios probatorios vulnerando la estrategia procesal de las partes casi al inicio del proceso (tramo donde está ubicada la audiencia preliminar) y cuando el juez no tiene claro los términos en que la litis ha sido trabada ¡hay un abismo conceptual!

En definitiva, muchos doctrinarios y legisladores están “convencidos” (no discutimos su buena fe) de que un juez suficientemente “*robustecido*” (para investigar y probar “de oficio”; declarar la existencia de un derecho sin un contradictorio serio, y alterar las reglas de la carga de la prueba) constituye *la única opción procesal* para que la jurisdicción pueda cumplir adecuadamente con la misión “estelar” que, en estos tiempos modernos (o pos-modernos), arbitrariamente le han reservado al juzgador.

El lector debe estar muy familiarizado (y quizás hasta persuadido) con estas ideas. Es que doctrinaria y jurisprudencialmente se repiten esas tesis con tanta frecuencia que han logrado formar en la “mente” de buena parte de los operadores del sistema la categoría de un “*dogma procesal*” que, aparentemente, no puede *rebatirse*.

Pero es verdad sabida que, cuando los conceptos dogmáticos empiezan a predominar en la ciencia puede predecirse la rápida *decadencia* de la misma. Dogma y

ciencia son –por esencia– contradictorios. Igual contradicción se presenta entre el *poder* y el *saber*. A mayor poder del juez le corresponderá un menor *saber* del conflicto que le toca resolver, como lo enseña Ferrajoli¹¹.

Un juez con muchos poderes, es un juez que inexorablemente se alejará de la labor *cognoscitiva* de la causa que debe resolver. Se corre graves riesgos de que ese juez “poderoso” imponga su voluntarismo sobre la racionalidad.

Queda claro que la racionalidad proviene del *saber* y no del *poder* y que el desprecio por el conocimiento es hijo dilecto del “poder” que tiende a sustituir los espacios cognoscitivos por potestades decisionistas de los magistrados.

6. Reflexiones en este tramo

La neo-Inquisición procesal encierra mitos tales como la atribución de excesivos poderes de los jueces, en especial en materia probatoria, la sobredimensionada publicización del proceso civil, la búsqueda de la verdad real a todo trance. Estas son las tesis centrales de un caduco modelo de juzgamiento frente a las que ha levantado sus banderas el garantismo procesal.

Si es verdad que el plano científico-procesal debe plantearse desde una perspectiva “ultra-externa,” como lo quería Carlos Nino, la iusfilosofía debe observar el fenómeno procesal desde ese punto, es decir, “desde afuera”. Por eso para la corriente garantista el dilema no

¹¹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, 3ª ed., p. 43, Ed. Trotta, Madrid, España, 1998.

pasa por “describir” datos existentes en la realidad procesal. En este sentido descriptivo es “un dato” que en Latinoamérica impera –mayoritariamente– el sistema de procesamiento penal mixto y su símil en material civil. La propuesta dogmática debe ser más ambiciosa. Se exige que deba *justificarse* (con fundamentos serios) cómo ese *sistema* se compadece con las prescripciones constitucionales que remiten al juez, esencialmente, a su deber de fallar y no lo imaginan investigando o probando, a santo de encontrar la inasible *verdad real*.

Luego, el compromiso del procesalismo de este siglo XXI, siglo donde se ha intensificado la lucha por el respeto hacia la persona humana, su ámbito de libertad y la fortificación de los límites del individuo frente a la injerencia Estatal, debe ser mucho más comprometida y no reducirse “a pintar” aquello que –penosamente– acontece en la praxis procesal de nuestra región.

Para decirlo en las palabras de Schöne¹² (referidas al proceso penal, pero válidas para el proceso civil, en donde los justiciables han perdido buena parte de sus poderes de disposición en manos de los órganos jurisdiccionales) el sobredimensionar el poder de punir y darle discrecionalidad al órgano jurisdiccional nos debe prevenir en el siguiente sentido: “...nadie puede confiar en la protección por el sistema penal sin aceptar que la persecución penal pueda dirigirse contra sí mismo, aún siendo inocente. Ser involucrado en un procedimiento penal es, como tal, nada más y nada menos que un sacrificio en favor de la comunidad que, para

¹² Schöne, Wolfgang, ob. cit., ps. 30 y 31.

mantener sus valores, necesita aclarar y resolver la sospecha de una lesión a las reglas de comportamiento. Esta inevitabilidad de someterse a un proceso y una eventual pena, no basta para justificar toda restricción a la libertad general y todo sacrificio de bienes y valores. Una “sobredosis” de reacción penal no protege a la comunidad sino –por ser considerada injusta– la desestabiliza. La solución pasa por observar que las reglas constitucionales necesarias para configurar las pautas básicas se derivan del reconocimiento de derechos fundamentales y del principio de Estado de Derecho. Y el poder en el Estado de Derecho se divide y distribuye entre órganos independientes entre sí que forman un sistema de peso y contrapeso. En este sistema la legitimación única –e imprescindible– de los órganos del Poder Legislativo es su obediencia al orden constitucional, y la legitimación del Poder Ejecutivo y del Poder Judicial su obediencia al derecho y a la ley. Además, se establece en favor del individuo una esfera de libertad frente al Estado y se garantiza una protección de todos los derechos mediante un sistema judicial que en su totalidad no reconoce exención alguna...”

Tengo para mí que el garantismo procesal debe asumir una carga inexcusable: la explicación de sus principios, finalidades y metodología, porque el garantismo viene a reemplazar lo “viejo” (el sistema mixto) y sustituirlo por lo “nuevo”: el restablecimiento del poder de disposición de las partes y la reducción de las potestades omnímodas de los jueces.

El procesalista y constitucionalista español José Luis Serrano ha sintetizado admirablemente las ideas que

alientan el garantismo normativo y, en lo que nos toca, el garantismo procesal¹³.

Compartamos las enseñanzas de Serrano:

“...A veces, en el debate jurídico en torno a problemas concretos, las posturas garantistas son tachadas de “políticas”, “iusnaturalistas” y “metafísicas.” Con todo ello se quiere decir que se trata de exigencias de justicia *extra-jurídicas*. La acusación debe ser asumida en lo que tiene de cierto. Nadie puede *construir una argumentación jurídica garantista sin recurrir a categorías, conceptos e instituciones acuñadas en un largo proceso histórico de lucha ideológica*.

Pero la acusación no puede ser asumida si se intenta la expulsión *del debate interno o jurídico que proponen las posiciones garantistas*, por la sencilla razón de que ese instrumental que emergió *en procesos históricos de lucha ideológica* es ya un instrumental *juridificado*, inserto en *constituciones* que no son meras declaraciones retóricas sin contenido relevante para el caso jurídico cotidiano.

El *arsenal ideológico del constitucionalismo* es hoy, para bien o para mal, un arsenal de principios constitucionales, normativos y vinculantes para el *aplicador ordinario del derecho*. Esta es la diferencia principal entre la argumentación jurídica *iusnaturalista*, que habla desde la justicia, y que se sitúa *fuera o por encima del interlocutor jurídico*, y la argumentación jurídica

¹³ Serrano, José Luis, *Validez y Vigencia, la Aportación Garantista a la Teoría de la Norma Jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.

ca del *garantismo*, que queda situada siempre *dentro* del sistema y le *recuerda* al legalismo acrítico la existencia de prácticas operativas y normas *inferiores desviadas del modelo constitucional*, y también le recuerda al realismo la existencia de *normas superiores y modelos normativos constitucionalizados*, cuya pervivencia no depende de los *avatares de la práctica o el mercado*, sino de la *fuerza de la razón jurídica*.

El juez en el proceso de construcción de normas válidas para casos concretos *está sometido a la Constitución*. De ahí que, en principio, haya que entender como parte del modelo garantista de Estado de derecho, la *facultad judicial de excepcionar (sin derogar) la aplicación de una norma de rango legal a un caso concreto cuando se juzguen incoherentes los resultados de tal aplicación con lo dispuesto por la constitución* (cf. Ferrajoli, 1989: 876-880).

El saber jurídico de estos cuatro siglos ha sido un saber analítico porque —con la metáfora del árbol y el bosque— creía que estudiando cada uno de los árboles —*normas*— se comprendía el *todo* (ordenamiento jurídico); atomista, porque creía que había una unidad (la norma) que ya no podía descomponerse más, y mecanicista, porque creía que el trabajo del teórico del derecho —como el del relojero— debía consistir en descomponer cada una de las piezas del reloj jurídico para después recomponerlas. Hoy, a finales del siglo XX, sabemos que los bosques son un conjunto de árboles y *algo más*, de la misma forma que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas y algo más; que si estudiamos sólo los árboles y olvidamos, por ejemplo, su relación con la atmósfera o el agua, jamás sabremos lo que es un bosque, de

la misma manera que si estudiamos normas (reglas o enunciados) y no, por ejemplo, *principios constitucionales jamás sabremos lo que es el derecho*. Sabemos que las normas no son unidades indivisibles, previamente dadas por convención, sino construcciones relacionales y probabilísticas más parecidas a los *quanta* de energía que a los átomos. Y sabemos, finalmente —utilizando ahora la significativa metáfora del profesor Sampedro— que un relojero podría descomponer las “partes de un gato, como descompone las piezas de un reloj, pero podría recomponer el reloj y nunca al gato, por una sencilla razón: el gato no tiene sólo cabeza, tronco y extremidades (partes), sino también ADN, sangre, células, etc. (complejidad). De forma que el mecanicismo —en una ideología acientífica— trata de estudiar sistemas complejos que, como el derecho, son la suma de partes, pero también algo más: *factores de complejidad, es epistemológicamente insuficiente*.

El garantismo, en su acepción de la teoría del derecho, se convierte en una *nueva teoría de la unidad, de la coherencia y de la plenitud*; que impugna a la teoría general del derecho concebida como todo compuesto de partes: la teoría de la norma, de un lado, y la teoría del ordenamiento jurídico, de otro; y que abre la teoría de sistemas jurídicos concebida como una teoría de la diferenciación sistémica y como una teoría de la complejidad jurídica. El garantismo, *impugna el método “todo / parte” y abre el “sistema / entorno”*. El garantismo sirve, además, para *reprogramar sistemas jurídicos en la orientación de los derechos fundamentales y para ejecutar sistemas programados con otra orientación, mejorando su eficiencia garantizadora...*”.

En mis palabras y para finalizar: el garantismo, como una nueva expresión contra-cultural representa la antítesis científica y filosófica del modelo neo-inquisitorial.

El choque entre ambas corrientes ha dejado un claro vencedor en el campo del proceso penal. Hoy, el sistema acusatorio se ha instalado como el paradigma a seguir en el siglo XXI.

En el proceso civil la tendencia mayoritaria sigue siendo la apuesta por mantener los sistemas mixtos. Pero el garantismo procesal ya hizo mella en esa estructura que hasta hace poco era monolítica.

En Argentina, Chile, Perú, Colombia, Panamá, Paraguay, se han esparcido las ideas garantistas y la confrontación ideológica se encuentra en plena ebullición.

Tengo para mí que el triunfo de la tesis garantista, de producirse, no debe tomarse como un éxito personal o de los integrantes de este grupo ideológico. En el terreno de la disputa científica no es apropiado hablar de *vencedores* o *vencidos*. El eje pasa por otro lado. Se trata de acordar un modelo político de juzgamiento que sea congruente con el diseño constitucional del debido proceso y que, a la par, se torne eficaz, sin privar a los justiciables del pleno acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva para el actor) y del ejercicio inalienable del derecho de defensa para el demandado (tutela judicial efectiva para el accionado).

La fórmula garantista no aspira a ser un modelo perfecto. En ciencias debe desconfiarse de todo modelo que pretenda imponerse como dogma de fe. Sólo que partiendo de conceptos filosóficos, ideológicos y de política procesal totalmente distintos a los que se sustentaron por los ritos neo-inquisitivos, la propuesta pasa por transitar otros caminos y por la toma de otros riesgos.

El modelo neo-inquisitivo o –si se quiere– “autoritario - decisionista - publicista - y paternalista”, decididamente, no fue un modelo eficaz (en el sentido de que no realizó las metas que esa estructura normativa e ideológica se proponía).

El modelo acusatorio –en lo penal– y decididamente dispositivo –en lo civil– merece una chance. Si el fracaso corona este nuevo proyecto no será una derrota del garantismo. Será un hecho mucho más grave: otra nueva y quizás definitiva decepción que sufrirán los hombres “de a pie” de Latinoamérica. La apuesta no es menor: todo el conjunto de los “operadores procesales”, de no poder salir airoso de este nuevo intento, no tendremos otra oportunidad para que “la gente” vuelva a confiar en los sistemas de juzgamiento que debimos proporcionarles y que no supimos darle hasta hoy.

7. Conclusiones

En el siglo XX cabe señalar que una sucesión de acontecimientos políticos y jurídicos contribuyeron a cimentar una nueva oleada de autoritarismo procesal, que vino a sumarse a la que ya padeció América Latina bajo el formato “inquisitivo puro”, período que –como se sabe– se extendió desde el siglo XV hasta el siglo XIX.

En el terreno político el nacimiento de los regímenes autoritarios (prusianos, comunistas, nazistas y fascistas), gestados en la última parte del siglo XIX y que se afianzaron con particular intensidad hasta la primera mitad del siglo XX, proyectaron sobre las concepciones liberales y los diseños garantistas del debido proceso –pergeñadas en todas las constituciones latinoamericanas–

funestas consecuencias. A partir de este inconciliable entrecruzamiento ideológico el sistema procesal se desquició, exhibiendo groseras incongruencias.

El autoritarismo político de esas naciones exportó hacia sus sistemas de procesamiento (en definitiva, el brazo jurídico de dichos regímenes) una amplia cuota de omnipotencia otorgada al poder jurisdiccional y sustentó una concepción excesivamente publicista acerca del método de debate impregnando con ambas tendencias a los códigos procesales civiles y penales, nacidos al calor de esa ideología. En otros términos: estos desafortunados paradigmas “infra-constitucionales” produjeron fuertes filtraciones autocráticas en el derecho procesal de estos tiempos.

Un ejemplo paradigmático de esta tendencia se pone en evidencia en el efusivo apoyo prestado en todos los ámbitos doctrinales, primero al Código Procesal Penal italiano de 1934 y luego al Código Procesal Civil de 1940, ambos, lo digo una vez más, de neto corte autoritario. El precio a pagar por esta visión simplista y hasta cargada de ligereza científica, que fuera alegremente asumida a la hora de “copiar” sistemas procesales vigentes en estados totalitarios sería muy costoso: el procesalismo de América Latina quedó contaminado con ideas que nunca debieron insertarse en regímenes políticos democráticos.

Es una consecuencia natural –en ese tipo de “Estados autoritarios”– que el poder político estuviera interesado en positivizar en los códigos procesales civiles y penales facultades y/o deberes a favor de “sus jueces” a quienes dotaron de plenos poderes, ya que estos no eran más –insisto– que el brazo jurídico” (funcional” al sistema político autoritario), resultando apetecible para el gobernante que el juez pudiera resolver casi a su anto-

jo (en rigor, al antojo de quién dependía) las cuestiones jurídicas que le interesaban al “Estado”.

La neo-Inquisición procesal encierra mitos tales como la atribución de excesivos poderes de los jueces, en especial en materia probatoria, la sobredimensionada publicización del proceso civil, la búsqueda de la verdad real a todo trance. Éstas son las tesis centrales de un caduco modelo de juzgamiento frente a las que ha levantado sus banderas el garantismo procesal.

Si es verdad que el plano científico-procesal debe plantearse desde una perspectiva “ultra-externa,” como lo quería Carlos Nino, la iusfilosofía debe observar el fenómeno procesal desde ese punto, es decir, “desde afuera”. Por eso para la corriente garantista el dilema no pasa por “describir” datos existentes en la realidad procesal. En este sentido descriptivo es “un dato” que en Latinoamérica impera –mayoritariamente– el sistema de procesamiento penal mixto y su símil en material civil. La propuesta dogmática debe ser más ambiciosa. Se exige que deba “justificarse” (con fundamentos serios) como ese “sistema” se compadece con las prescripciones constitucionales, que remiten al juez, esencialmente, a su deber de fallar y no lo imaginan investigando o probando, a santo de encontrar la inasible “verdad real”.

Luego, el compromiso del procesalismo de este siglo XXI, siglo donde se ha intensificado la lucha por el respeto hacia la persona humana, su ámbito de libertad y la fortificación de los límites del individuo frente a la injerencia Estatal, debe ser mucho más comprometida y no reducirse “a pintar” aquello que –penosamente– acontece en la praxis procesal de nuestra región.

El garantismo, como una nueva expresión contra-cultural representa la antítesis científica y filosófica del

modelo neo-inquisitorial. El choque entre ambas corrientes ha dejado un claro vencedor en el campo del proceso penal. Hoy, el sistema acusatorio, se ha instalado como el paradigma a seguir en el siglo XXI.

En el proceso civil la tendencia mayoritaria sigue siendo la apuesta por mantener los sistemas mixtos. Pero el garantismo procesal ya hizo mella en esa estructura que hasta hace poco era monolítica (recordar la nueva ley de enjuiciamiento civil española que recorta los poderes probatorios del juzgador).

Se trata de acordar un modelo político de juzgamiento que sea congruente con el diseño constitucional del debido proceso y que, a la par, se torne eficaz, sin privar a los justiciables del pleno acceso a la jurisdicción (tutela judicial efectiva para el actor) y del ejercicio inalienable del derecho de defensa para el demandado (tutela judicial efectiva para el accionado).

La fórmula garantista no aspira a ser un modelo perfecto. En ciencias debe desconfiarse de todo modelo que pretenda imponerse como dogma de fe. Sólo que partiendo de conceptos filosóficos, ideológicos y de política procesal totalmente distintos a los que se sustentaron por los ritos neo-inquisitivos, la propuesta pasa por transitar otros caminos y por la toma de otros riesgos.

El modelo neo-inquisitivo o –si se quiere– “autoritario - decisionista - publicista y paternalista”, decididamente, no fue un modelo eficaz (en el sentido que no realizó las metas que esa estructura normativa e ideológica se proponía).

El modelo acusatorio –en lo penal– y decididamente dispositivo –en lo civil– merece una chance, simplemente porque la propuesta del modelo autoritario ya cose-

chó su fracaso y, por tanto, debe dejar paso a que el garantismo asuma el riesgo del cambio.

Bibliografía utilizada

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido Proceso de las Garantías Constitucionales*, Ed. Zeus, Rosario, Argentina, 2003.

BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, 1ª ed., Ed. Juris, Rosario, Argentina, 2001.

CIPRIANI, Franco, *En el centenario del reglamento de klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)* Bari, Italia 1995. Separata publicada por la Academia de Derecho y de Altos Estudios Judiciales, Biblioteca virtual, año 2000.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, 3ª ed., Ed. Trotta, Madrid, España, 1998.

MONTERO AROCA, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad*. Ponencia presentada ante XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal, realizado en Costa Rica, en el mes de octubre de 2000. Libro de Relatorías y Ponencias, t. II, p. 319 y sigs. Departamento de publicaciones e impresos del poder judicial de San José de Costa Rica.

SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*, Asunción, Paraguay, Ed. Intercontinental, 2000.

SERRANO, José Luis, *Validez y Vigencia, la Aportación Garantista a la Teoría de la Norma Jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.

Bibliografía general

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El debido Proceso de las Garantías Constitucionales*, Ed. Zeus, Rosario, Argentina, 2003.

BENABENTOS, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, 1ª ed., Ed. Juris, Rosario, Argentina, 2001

CIPRIANI, Franco, *En el centenario del reglamento de klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)* Bari, Italia 1995. Separata publicada por la Academia de Derecho y de altos estudios judiciales, Biblioteca virtual, año 2000.

COMELLA, Beatriz, *La Inquisición Española*, 2ª ed., Ediciones Rialp S.A., Madrid, España, 1998.

CHAMI, Pablo A., *Centro de Investigación y Difusión de la Cultura Sefardí*. Art. Extraído de Internet. Junio 1999.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, 3ª ed., Ed. Trotta, Madrid, España, 1998.

KAMEN, Henry, *La Inquisición Española*, 1ª ed., trad. Editorial Barcelona, España, Crítica, 1999.

MAIER, Julio, *Fundamentos de Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., 1 B; Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana. Su comentario y comparación con los sistemas de enjuiciamiento penal argentinos [La ordenanza procesal penal alemana]*, vol. 1, Introducción, 2, Ed. Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1978.

MAIER, Julio, *Derecho Procesal Penal Argentino*, I B, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, Argentina, 1989.

MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1996.

MONTERO AROCA, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad. Ponencia presentada ante XVII Congreso Iberoamericano de Derecho Procesal*, realizado en Costa Rica, en el mes de octubre de 2000. Libro de Relatorías y Ponencias, t. II, p. 319 y sigs. Departamento de publicaciones e impresos del poder judicial de San José de Costa Rica.

SCHÖNE, Wolfgang, *Contribuciones al orden jurídico-penal paraguayo*, Ed. Intercontinental, Asunción, Paraguay, 2000.

SERRANO, José Luis, *Validez y Vigencia, la Aportación Garantista a la Teoría de la Norma Jurídica*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1999.

STRATENWERTH, Günter, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, traducción Enrique Bacigalupo, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, España, 1980.

VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, t. I, Marcos Lerner Editora, Córdoba, Argentina, 1981.