

Universidad Nacional de La Plata
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Especialización en Derecho Penal

Lo que el viento no se llevó del todo:
historia y características del proceso inquisitivo penal
en la Edad Media
y sus puntos de impacto en la sociedad
latinoamericana moderna y contemporánea

Alumna: MARÍA JIMENA MOLINA

Directora: DRA. ALEJANDRA M. MORETTI

ÍNDICE

1. Presentación y descripción del tema seleccionado.....	5
2. Objetivos.....	6
3. Metodología.....	7
4. Desarrollo del tema elegido:	
a) El mundo medieval y post medieval desde una mirada histórica y jurídica.....	8
b) Los medios probatorios en el sistema de enjuiciamiento penal medieval:	
<i>I. Las ordalías o juicios de Dios.....</i>	18
<i>II. La confesión: la reina de las pruebas.....</i>	29
c) La legalidad del uso de la tortura.....	41

d) Recursos en el sistema inquisitivo penal: la actividad impugnativa en el medioevo, en la modernidad y en la era contemporánea.....45

e) ¿Siglo XIX = Inquisición?: puntos de impacto de este sistema de enjuiciamiento de los delitos en nuestro país.....52

5. Conclusión.....60

6. Bibliografía.....65

"La política no es religión, o si lo es, no es otra cosa que la
Inquisición"¹

¹ Camus, Albert. *El hombre rebelde*. Vintage. New York. 1958. Pág. 302.

1. Presentación y descripción del tema seleccionado

Inspirado en la archiconocida película “Lo que el viento se llevó”, el título del presente trabajo final integrador surge como consecuencia del estudio llevado a cabo a lo largo de la Especialización acerca del modelo de juzgamiento de los delitos característico del medioevo.

En esta monografía se realizará una descripción evolutiva de dicho sistema, el cual pese a los progresos de la sociedad moderna y al esfuerzo de muchos países por erradicarlo, perseveró (casi de manera enquistada) en algunos casos en dosis pequeñas y en otros no tanto.

La Edad Media, sin perjuicio de ser considerada por varios historiadores como una “Edad oscura”, ha sido muy rica en varios aspectos. La construcción de grandes catedrales, la aparición de las universidades, el triunfo del cristianismo sobre las tradiciones paganas y la generación de una forma de resolución de conflictos que derivó en la aparición del proceso penal inquisitivo permiten vislumbrar la importancia y la riqueza de esta etapa histórica.

Así como es requerida en el trabajo final integrador la fusión de las monografías que compusieron la carrera cursada, el análisis de un tema específico del derecho penal exige asimismo, el estudio y la investigación de diversas coyunturas que rodearon al mismo: sociales, políticas, religiosas, artísticas. Eso es lo que se pretende lograr en la presente monografía.

2. Objetivos

Ya desde el rótulo, la exposición tiene como objetivo sembrar una inquietud en el lector, la cual radicará en cuestionarse qué habrá sido aquello que persistió de aquél sistema de juzgamiento de delitos en la modernidad latinoamericana.

Quizás a modo de denuncia, quizás como una simple crítica, quizás siendo una mera descripción de un proceso objetivo que se fue desarrollando a lo largo de varios siglos, se trata de dejar en claro la efectiva persistencia de rasgos inquisitivos en el sistema de enjuiciamiento de los delitos a pesar del florecimiento de los ideales iluministas y humanistas que impregnaron los siglos XVIII y XIX.

Por otro lado, la denominación del trabajo también tiene el propósito de conglobar los encabezamientos que precedieron las diversas investigaciones que se llevaron en cabo en la mayoría de las materias que componen la cuadrícula de la Especialización, las cuales resultaron vitales para la elaboración de esta monografía final.

El objetivo primordial radica en reivindicar el valor de la historia, el hombre medieval que aún sin proponérselo fundó, entre otras cosas, una forma de juzgamiento de los delitos basado en la búsqueda de la verdad que, pese a los yerros, derivó en un sistema penal imbuido de principios humanistas y reconocedor de los más altos derechos de los que goza actualmente una persona.

Tratar de entender la mentalidad de esa época, la forma en que el proceso inquisitivo se desarrolló en la mayoría de los países europeos y cómo ese modelo culminó siendo exportado a Latinoamérica, fueron las razones que motivaron la exploración cautelosa y atenta del tópico que se especificará en los ítems siguientes.

3. Metodología

La forma de análisis y desarrollo de cada uno de los temas será la misma que se llevó adelante durante la carrera, esto es, tomar diferentes fuentes bibliográficas, ya sean especializadas en derecho penal como así también en otras disciplinas (historia, medicina, filosofía, arte) y junto con las investigaciones ya realizadas, se desarrollarán los puntos que componen el índice detallado anteriormente.

Se eligieron para ello ejemplares extraídos de la biblioteca del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires, de la Facultad de Humanidades de la Universidad Nacional de La Plata y de la colección de libros propia. También, se escogerán datos importantes que puedan surgir en internet, y se expondrán algunas fotos de Aquisgrán tomadas en el año 2013, sede del gobierno del Emperador Carlomagno (donde se produjo el juzgamiento mediante ordalías a su hijo Pipino “El Jorobado”), más precisamente aquellas que fueron extraídas en la capilla palatina que se halla en la catedral de esta ciudad, lugar en el que se encuentra el trono imperial y la tumba de dicho Emperador, traicionado por su primogénito.

4. Desarrollo del tema elegido:

a) El mundo medieval y post medieval desde una mirada histórica y jurídica

La Edad Media o Medioevo es el período histórico que comprende los siglos V a XV. Su comienzo se sitúa en el año 476, con la caída del Imperio Romano de Occidente y su fin en 1492, con el descubrimiento de América, o en 1453, con la caída del Imperio Bizantino.

Se divide con frecuencia a la Edad Media en dos períodos diferenciados: la Primera o Alta Edad Media y la Segunda o Baja Edad Media, distinción que cuenta con fundamentos muy sólidos, tanto es así que cabe hablar no de una, sino de dos civilizaciones bastante distintas, cuyas afinidades y diferencias resultan dignas de mención.

La civilización de la Primera Edad Media se extiende hasta el año 1000 aproximadamente, mientras que el resto del tiempo le corresponde a la Segunda Edad Media.

Sin temor a simplificar la comparación, no cabe la menor duda de que el segundo período supera con creces al primero desde el punto de vista de las tendencias culturales sofisticadas que florecieron oportunamente. En la primera Edad Media, pese a los alentadores intentos que se desplegaron para elevar el nivel de la civilización bajo el gobierno del emperador Carlomagno (742-814), el famoso líder de los francos y quien logró someter en el siglo VIII a la mayor parte del antiguo imperio, siendo coronado por el Papa León III como Emperador de los romanos, los sinsabores, problemas y retrocesos no se pueden soslayar. En efecto, durante los primeros siglos medievales Europa se hallaba entregada al pillaje, la hambruna, con cadáveres insepultos en los caminos y lobos que acechaban a cada paso. Reinaban las supersticiones y los rituales paganos.

En líneas generales podría decirse que si fuese posible adentrarse en una ciudad medieval europea avanzada podían vislumbrarse: clérigos rubicundos, estudiantes discutiendo sobre filosofía, comerciantes comentando acerca de los precios de las mercaderías y un mendigo lisiado apostado en la puerta de alguna catedral gótica, pero lo que no se van a ver son los campesinos, debido a que trabajaban de sol a sol para poder cumplir con los impuestos que les aplicaba el obispo del lugar, el rey y los señores feudales.

En fin, pese a la fama que muchos historiadores le han brindado a esta época histórica como una era oscura, plagada de violencia y miseria, teniéndose en cuenta el desarrollo de la Primera Edad Media, lo cierto es que, afortunadamente, esta fama puede ser desmentida en parte debido a que en la Segunda Edad Media reinaba la paz y la prosperidad, la población aumentaba a pasos agigantados, las ciudades surgían como centros económicos y simientes de una nueva cultura urbana.

Los mercados y las ferias florecientes eran centros de reunión e intercambio de productos. Desde el punto de vista político, alcanzaba su cenit el feudalismo, sistema que ya había comenzado a vislumbrarse en la Primera Edad Media. En efecto, tal como lo señala René Chandellet en su obra *Más allá de las catedrales. Entre un mundo sin fin y los pilares de la tierra*², ya había sido el propio imperio Carolingio el que creó relaciones personales más estrechas entre el monarca y sus capitanes, consejeros o servidores, creándose de esta manera un acto de vasallaje: el soberano otorgaba a su vasallo un beneficio (generalmente tierras) a cambio del servicio prestado, aunque este vínculo no tardó en convertirse en una forma de explotación agraria.

Los castillos eran lugares de residencia de los señores feudales y estaban destinados a la defensa del feudo, así como también a la organización de fiestas y reuniones de la alta sociedad de la época. Eran sitios húmedos y oscuros, ventilados por escasas ventanas por eso sus habitantes no tardaron en abandonarlos por cómodos y esplendorosos palacios.

² CHANDELLET, René. *Más allá de las catedrales. Entre un mundo sin fin y los pilares de la tierra*. Ediciones Robinbook, S.L. Barcelona. 2008.



Castillo de Gante, Bélgica.

Los campesinos y siervos de la gleba, en cambio, habitaban junto a toda su familia y el ganado en pequeñas viviendas, las cuales estaban construidas por cuatro paredes con una sola puerta y alguna diminuta ventana. Las mujeres eran las encargadas de encender y mantener el fuego, que servía tanto para dar calor como para asar verduras y carnes a las brasas.

Se conformaron gremios para cada tipo de actividad artesanal, muchos de ellos se situaron alrededor de las plazas principales de las incipientes ciudades. Actualmente pueden observarse en la ciudad de Brujas (Bélgica) los vestigios de muchas de estas organizaciones.

Ya hacia el final de la Alta Edad Media, no tardaron en difundirse las universidades, siendo éstas una evolución de las antiguas escuelas catedralicias, las cuales a su vez habían desplazado a las campestres escuelas monacales. Estaban dirigidas por el Rey y por el Papa, y se formaron a

semejanza de los gremios, es decir, con leyes y estatutos propios. El estudio de la filosofía resultaba indispensable para poder acceder a las carreras de Teología, Derecho y Medicina, en las que reinaba el diálogo y la argumentación.

La filosofía medieval estuvo embebida, sobretodo, por el pensamiento neoplatonista de San Agustín, aquél notable pensador de la Patrística y considerado Padre de la Iglesia. Este filósofo, coronado más tarde por la Iglesia como santo, sostenía que la verdad sólo provenía de Dios y que iluminaba al hombre con la finalidad de que obtenga el conocimiento. Los franciscanos, que siguieron de cerca el pensamiento agustiniano, creían que la voluntad predominaba sobre la razón.

Asimismo, la ideología de aquellos tiempos contó con aportes de la filosofía árabe y judía, las cuales intentaban armonizar las enseñanzas del Corán y del Antiguo Testamento respectivamente con el legado griego.

La escolástica se propuso no sólo conciliar la fe y la razón, sino también recuperar las obras completas de Aristóteles. La orden dominicana fue una fiel seguidora de las enseñanzas del aquinate, siendo sus principales exponentes San Alberto Magno y Santo Tomás de Aquino, más permeables a la experimentación y a creer que el hombre tiene voluntad y conocimiento y que éste comienza por los sentidos.

En definitiva, en la Edad Media reinó una hermenéutica analógica, en la que se realizaban interpretaciones de la Biblia (o del Corán) a la luz de las obras de Platón y de Aristóteles; una búsqueda de sinónimos, alegorías o símbolos y se admitían como válidas sólo algunas de esas interpretaciones, las cuales estaban jerarquizadas.

Bajo este contexto surgió la Inquisición, definida por Cullen Murphy como *“una serie de procedimientos disciplinarios dirigidos a agrupaciones específicas, codificados en una ley, organizados de manera sistemática, impuestos por la vigilancia, ejemplificados por la severidad, sostenidos en el*

*tiempo, respaldados por el poder institucional y justificados por una visión del único camino verdadero*³.

Se trató de una forma de juzgar y condenar a quien pensara y obrara diferente a los cánones cristianos de la época, trasladándose este sistema al ámbito secular.

La Iglesia, cuyo poder espiritual y terrenal omnímodo se reflejó artística y arquitectónicamente a través de la construcción de las magníficas y monumentales catedrales góticas, dispuso en 1231 combatir a los cátaros, originarios de Montségur (Francia). Aunque, cabe destacar que fue el Papa Gregorio IX el encargado de tomar esta iniciativa. A través de la bula *Ad extirpanda* se avaló el uso de la tortura y para ello, la Santa Sede intentó influir en el poder laico para asegurar sus fines.

Si bien el proceso inquisitorial tiene su raíz en el antiguo derecho romano, en el que el juez investigaba, acusaba y juzgaba al mismo tiempo (denominado “inquisidor”), lo cierto es que pese a la caída de Roma, dicha forma de juzgamiento perduró en los tribunales eclesiásticos.

*“El sistema legal difería de un lugar a otro, y en todas partes era una extraña mezcla de trozos de derecho romano con costumbres antiguas, mandatos feudales, prerrogativas de la Iglesia y, quizá, los flamantes procedimientos de un rey lejano”*⁴. Asimismo, ya desde 1140 había comenzado a regir el *Decretum* elaborado por Graciano⁵, quien había compilado en un código opiniones teológicas, decretos conciliares, declaraciones papales, entre otros.

Bajo diversos pretextos, se logró instaurar en buena parte de Europa un sistema de juzgamiento que resultaba, en principio, idéntico tanto para quienes no eran considerados “hijos de Dios” como para quienes cometían delitos.

A través de la ceremonia denominada “Sermo generalis” (conocida en la moderna inquisición española como “auto de fe”), la Iglesia dejaba de formar

³ MURPHY, Cullen. *El tribunal de Dios. La inquisición y el mundo moderno*. Océano. México. 2012. Pág. 18.

⁴ Ídem. Pág. 45.

⁵ Monje jurista y profesor de teología en Bolonia.

parte del proceso y comenzaban a tomar protagonismo las autoridades seculares, quienes debían dictar sentencia. Esta ceremonia, que solía llevarse a cabo los domingos, congregaba a una gran muchedumbre, que acudía a una iglesia para conocer el destino final de los acusados. En un gran estrado se ubicaban las autoridades religiosas y laicas. El inquisidor leía la sentencia en voz alta y una pequeña oración, en la que se expresaba la esperanza de la Iglesia de que se tuviese piedad con el imputado. Luego todas las miradas recaían sobre el juzgador secular, quien dejaba para el final la condenación de aquellos delitos que tuvieran como sanción la pena capital. A los destinados a morir se los conducía a la plaza pública y eran colocados sobre una pira en la que instantes próximos se encendería la gran llamarada letal. *“La muerte en la hoguera era el método preferido de ejecución de la Inquisición”*⁶.

Las particularidades del sistema inquisitivo fueron las siguientes:

1) PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA DEL DELITO: existía un deber en este sentido. La meta principal era averiguar la verdad sin reparar en los medios de su realización. Todo el poder (legislar, juzgar y condenar) residía en la figura del rey, aunque luego delegará algunas funciones.

2) INVESTIGACIÓN SECRETA: era el eje central del procedimiento. Las actuaciones constaban en actas, es decir, por escrito, lo que conllevó a que pudieran ser consultadas al dictarse el fallo y un motivo de impugnación respecto a la actividad desplegada por los funcionarios judiciales. En este punto, es preciso destacar los rasgos burocráticos que rodearon a los procedimientos eclesiásticos y seculares, precisándose así de manera minuciosa cada acto del procedimiento, lo cual luego se trasladó al ámbito secular. Prueba de ello, y tal como lo señala el historiador Cullen Murphy, *“Los inquisidores desarrollaron sistemas estandarizados para registrar casos y conservar la historia y resultado de cada juicio. En los concilios se discutía la manera adecuada de llenar formularios y la importancia de hacer duplicados”*⁷. En tiempos de la inquisición romana, instaurada ésta en el año 1542 por el

⁶ MURPHY (2012). Pág. 73.

⁷ MURPHY (2012). Pág. 49.

Papa Paulo III (aunque en realidad se cree que el verdadero edificador de esta inquisición fue el cardenal Giovanni Pietro Carafa, quien luego asumió como Sumo Pontífice adquiriendo el nombre de Paulo IV), la Santa Sede creó el Índice de Libros Prohibidos para luego formar la Congregación del Índice con el objeto de censurar aquella bibliografía que no se condiciara con los parámetros establecidos por la religión católica y fue precursora además con la creación de la imprenta. Es importante señalar además que la investigación se llevaba a cabo de manera discontinua, es decir, a medida que aparecían los rastros del delito.

3) LA PRUEBA LEGAL DOMINABA POR SOBRE LA VALORACIÓN PROBATORIA: la comisión de un delito se comprobaba a través del testimonio de dos o más testigos y varios indicios que condujeran a una misma conclusión. La regulación probatoria, en realidad, sólo cumplía el fin de requerir los mínimos recaudos para posibilitar el tormento. La semi-plena prueba abría paso a la tortura.

4) TORTURA: si bien este ítem será desarrollado más adelante, resulta preciso señalar que los tormentos eran aplicados con la finalidad de buscar la verdad, tanto a los acusados como a los testigos y a modo de “método científico” para averiguar la verdad. Incluía: prisión, ayuno, vigilancia estricta del imputado y tormentos físicos. Los procedimientos de tortura más empleados fueron: la garrucha, la toca y el potro.

5) PÉRDIDA DE LA POSIBILIDAD DE DEFENDERSE POR PARTE DEL INQUIRIDO: así como también cualquier otra prerrogativa como sujeto del procedimiento. No existía el debate judicial. La confesión del acusado era la “reina de las pruebas” (ítem éste que también será desarrollado más adelante), puesto que permitía confirmar ciertas sospechas ante la falta de actas o documentos escritos en tiempos medievales, mas luego pervivió este tipo de prueba pese a la existencia de la minuciosa burocracia que instaló la inquisición romana. El reo desconocía los cargos por los cuales era acusado e ignoraba quién lo había denunciado. Había un escaso valor por la persona humana individual frente al orden social: *salus publica suprema lex est*.

6) RECURSOS CONTRA LA SENTENCIA: esta facultad conferida a los imputados fue otorgada alrededor del siglo XV, cuando el proceso penal inquisitivo, es decir, el laico, terminó de moldearse. El poder que el monarca había delegado a sus funcionarios inferiores para resolver estas cuestiones, podía devolverse al rey, de quien procedía todo el poder, para que éste controlara la correcta delegación de aquel poder conferido (efecto devolutivo), naciendo en esta época una serie de recursos que aún en la actualidad se siguen empleado. Debido a que existe un capítulo en el presente trabajo dedicado a la actividad impugnativa que se efectuó en aquellos tiempos, como así también en los albores del siglo XIX, será preciso remitirse a dicho acápite para conocer en profundidad este tema.

El proceso penal inquisitivo se fue moldeando a la luz del modelo de juzgamiento instaurado por el Santo Oficio, aunque existieron importantes diferencias entre las prácticas que realizaba la Iglesia y aquellas que desplegaba el juez laico, pues la primera observaba:

1°) Estricto legalismo: pues como ya se hubo mencionado con anterioridad, el Santo Oficio respetaba escrupulosamente el legalismo de los trámites judiciales en el proceso religioso, a diferencia del proceso judicial, que se guiaba más por criterios doctrinarios.

2°) Aplicación moderada del tormento: es decir, sólo una vez finalizado el período probatorio y excepcionalmente, cuando las pruebas reunidas no hubieran servido para formar el criterio de los jueces. La tortura se aplicaba mediante sentencia y reunido el tribunal del Santo Oficio en pleno. Además, antes de proceder a la aplicación de tormentos hacia el imputado, se le efectuaba un examen médico y se controlaba por reloj la duración del suplicio.

3°) No existían principios limitadores a la capacidad de defensa del reo: al contrario, los acusados tenían libertad de comunicación, podían convocar testigos y hasta revocar sus confesiones en cualquier momento del procedimiento y siempre le era admitida esta revocación.

4°) Los recursos eran admitidos siempre: además del sistema de recusaciones, el imputado contaba con la posibilidad de apelar la decisión de los jueces, aún

cuando se tratara de un reo confeso. No obstante este derecho, el Santo Oficio articuló un estrecho control sobre sus actuaciones judiciales: los inquisidores debían elevar a la Suprema, el más alto organismo religioso, un informe de toda la actividad realizada durante un año, con especificación de los trámites efectuados y explicación de las razones que llevaron a adoptar tal o cual medida. Asimismo, el Santo Oficio ejercía un estricto control sobre el comportamiento de los funcionarios judiciales, que implicaba un régimen de visitas realizadas por consejeros de la Suprema o inquisidores. Asimismo, existieron el recurso de nulidad y la querrela *nullitatis*. Se adoptó de igual manera, el sistema romano de apelación de toda sentencia definitiva y, por excepción, de la interlocutoria que tuviese forma de definitiva y perjudicara al vencido causándole un daño irreparable.

El proceso inquisitivo laico terminó de moldearse en el siglo XV, época en la que se produjo el surgimiento de las inquisiciones española y romana, caracterizada la primera por combatir a judíos, a musulmanes y a protestantes conversos y la segunda, a la ciencia, a los librepensadores, etc.

Surgió la jurisdicción real, que eliminó a la jurisdicción feudal y a la eclesiástica, que hasta el siglo XIII componían la organización judicial de los países europeos. Los tribunales estaban integrados por funcionarios permanentes que eran profesionales en la administración de justicia.

Ahora bien, sin perjuicio de que el poder de administrar justicia residía por entero en la figura del monarca, lo cierto es que éste comenzó a delegar ciertas competencias a funcionarios permanentes y a tribunales, los cuales fueron organizados jerárquicamente. Esta delegación constituyó una razón válida a los efectos de la interposición de recursos contra las decisiones emanadas por dichos órganos, pues en definitiva, era el rey quien conservaba la potestad de juzgar y quien entonces debía responder las quejas en las que se cuestionaba el proceder de sus funcionarios. Así surge el efecto devolutivo de las impugnaciones: la queja regresaba al monarca en una suerte de “devolución” del poder delegado.

De igual manera, con la instauración del sistema inquisitivo, los funcionarios habilitados para investigar la comisión de un delito podían actuar

de oficio, de modo “preventivo”, incluso cuando sólo existiera una mera sospecha o rumor público. Estos persecutores penales, que generalmente eran procuradores del rey y perseguían además los derechos que le eran debidos al monarca, dieron posteriormente nacimiento al Ministerio Público.

En esta época, aparece el *patronusfisci*, defensor de la justicia y de los derechos del rey, quien luego se convierte en el procurador fiscal, cuya función radicaba en ser acusador público. También estaban los pesquisadores, quienes instruían y juzgaban al mismo tiempo. Se permitió la revisión de un fallo fundado en “pruebas falsas” y se respetaron dos principios: *in dubio pro reo* y *ne bis in ídem*.

También estaban Las Hermandades, que luego culminaron con la formación de la Santa Hermandad en 1498, encargadas de juzgar delitos contra la propiedad y cometidos con violencia o en despoblado.

Un reflejo de la afinidad que tenían los Reyes Católicos por el sistema inquisitivo fue la implementación en América de Las Partidas de Alfonso El Sabio (rey de Castilla en los años 1252 y 1284), que rigieron como derecho común durante un largo período. Esto significó el traslado del sistema inquisitivo en Hispanoamérica.

b) Los medios probatorios en el sistema de enjuiciamiento penal medieval

I. Las ordalías o juicios de Dios

En el contexto histórico, social y político que fuera analizado precedentemente se llevaron a cabo las ordalías, también denominadas Juicios de Dios o purgación canónica. Fueron una institución jurídica que estuvo vigente hasta finales del siglo XIII aproximadamente en Europa. Se llevaron a cabo asimismo en África oriental y occidental debido al arribo de misioneros italianos, lo cual lleva a concluir que la sociedad medieval se ha familiarizado con este tipo de pruebas. El origen de las mismas se remonta a las costumbres visigodas. Mediante estos medios probatorios se dictaminaba, atendiendo a supuestos mandatos divinos, la inocencia o culpabilidad de una persona o una cosa (libros, obras de arte, etc.) acusada de pecar o de quebrantar las normas jurídicas. También debe destacarse que la ordalía sirvió para obtener un pronóstico médico.

El significado etimológico de ordalía proviene de la palabra inglesa “*ordeal*”, que significa juicio o dura prueba que debe atravesar el acusado para poder demostrar su inocencia. Es preciso advertir que, si bien los juicios de Dios son comúnmente tratados como sinónimo de ordalías, lo cierto es que aquellos en realidad eran una forma de ordalía, como se identificará más adelante. Es decir, se trata de una relación de género-especie, siendo la ordalía el primero y el juicio de Dios, el segundo. Tal como lo señaló Lévy Bruhl, sociólogo y antropólogo francés, “*La adivinación y la ordalía pertenecen ambas a un mismo tipo de pensamiento y de acción, con que esta mentalidad se pone en contacto con las potencias invisibles a las que solicita a la vez decisión y apoyo*”⁸. A través de las mismas se tenía la finalidad de conocer, en

⁸ BRUHL, Lucien Lévy. *La mentalidad primitiva*. Editorial Lautaro. Argentina. 1945

caso de disputa entre dos hombres, quién triunfaba y quién sucumbía. Se trataba de hacer asignar al perdedor el carácter de “culpable” y al ganador, el de “inocente”, o como bien lo señalara Michelle Foucault : *“En realidad, se trata siempre de una batalla para saber quién es el más fuerte”*⁹. Sea cual fuera la prueba que se llevara a cabo, el carácter místico de la misma garantizaba su infalibilidad. Cullen Murphy apunta respecto de este tema: *“Las ordalías eran incuestionablemente primitivas, y aun bárbaras. Pero también expeditas, y garantizaban que la búsqueda de la verdad tuviera una conclusión clara y rotunda”*¹⁰.

Estos medios probatorios eran resueltos en forma oral y a cargo de un juez, contando además con la asistencia de un grupo de ancianos. Los acusados convocaban a testigos y cada uno de ellos abogaba por su causa. Foucault¹¹ ha indicado que este tipo de pruebas eran automáticas, pues el magistrado (soberano político o alguien designado por el mutuo consentimiento de los adversarios) sólo chequeaba la regularidad del procedimiento.

Como bien se señalara al principio del presente capítulo, se llevaron adelante ordalías en algunas ciudades africanas, tales como el Congo o Guinea. En aquéllas tierras, cuando una persona era acusada de algún crimen, aún siendo las acusaciones poco claras, el inculpado estaba obligado a purgarse por un juramento, el cual se realizaba de cinco maneras distintas: las cuatro primeras en las cuestiones civiles y de poca consecuencia, y la quinta, en cuestiones criminales (como el crimen de traición o atentado contra la vida del monarca, o crímenes de similar naturaleza). Ahora bien, las personas que gozaban de un elevado status en sociedad eran sometidas a las reglas de estos medios probatorios y se les autorizaba hacer un solo juramento, siempre y cuando contasen con el consentimiento del rey.

En Oceanía, los indígenas de Australia meridional tenían la creencia de que un hombre podía ser ayudado por los espíritus superiores, quienes le harían evitar las lanzas que los demás quisieran arrojar sobre él; pero si era culpable, el indígena estaba fuera de la posibilidad de evitarlas por el poder de

⁹ FOUCAULT, Michelle. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa editorial. Argentina. 2013. Pág. 73.

¹⁰ MURPHY (2012). Pág. 61.

¹¹ FOUCAULT (2013).

algún espíritu invisible que operara sobre él. Esta mentalidad reflejaba en sí misma una ordalía.

Volviendo al caso de Europa, se distinguían dos grandes clases de pruebas:

- **VULGAR:** aquí, las justificaciones inventadas por las supersticiones del pueblo eran vitales para mantener vigentes a este sistema probatorio.
- **CANÓNICA:** se trataba en este caso del juramento prescripto en los cánones, cuyo nombre fue Juicio de Dios. Algunos templos, como la Basílica de San Vicente (Ávila) o Santa Gadea (Burgos), funcionaron como sedes en este sentido.

Dentro del primer grupo señalado, es decir las pruebas vulgares, existieron distintas clases de ordalías:

1) La prueba del fuego: el acusado debía colocar su mano en un brasero y caminar con sus pies desnudos sobre carbones encendidos. Si dos días después de haber realizado esta prueba se comprobaba que aún tenía cicatrices, perdía el proceso. Un ejemplo de ello puede observarse en la película *Ágora*, de Alejandro Amenábar, en la que se nota claramente cómo uno de los monjes cristianos quiere comprobar su fe y la existencia de Dios ante los paganos de Alejandría y se somete a esta prueba, saliendo ileso de las llamas. Así, muchos de los hombres que vieron tal espectáculo, decidieron convertirse al cristianismo.

2) La prueba del hierro candente: prueba célebre durante el Imperio Carolingio. Consistía en enrojecer de nueve a doce veces rejas de arado, que el acusado debía sostener, o bien se calentaba un guante de armas y el inculpado debía introducir su mano allí.

3) La prueba caldaria: se llevaba a cabo en una iglesia. Allí, había una caldera con agua hirviendo. Si la acusación era simple, los acusados debían colocar su mano hasta la muñeca pero si era compleja, debían sumergir el brazo hasta la altura del codo. En este último caso, el acusado debía sostener un objeto situado en el fondo del caldero. El juez colocaba un sello y al tercer día se examinaba el resultado de la prueba. Si había quemadura, el acusado era culpable y si no las había, era inocente.

4) La prueba del agua: se diferenciaba de la prueba anterior. El acusado era amarrado de pies y manos, más precisamente, su mano derecha con su pie izquierdo, y luego era arrojado a un río, lago o mar. Si no se ahogaba, perdía el proceso, pues se creía que el agua “no lo había recibido bien”.

5) La prueba del duelo: generalmente, los adversarios luchaban por la propiedad de un bien o a causa de un asesinato. La lucha se realizaba siguiendo algunas reglas respecto al tiempo en que se debía efectuar y al tipo de armas a emplear. Aquél que cayera muerto o se viera obligado a darse por vencido ante su rival, era considerado mentiroso o víctima de error. El público asistía sólo para asegurar la regularidad de lo que allí acontecía. Quien ganaba la lucha, también ganaba el proceso.

En cuanto a las pruebas canónicas o juicios de Dios, había distintos tipos:

A. El juicio de la eucaristía: estaba destinado a los eclesiásticos, aunque más de una vez se usó con los seglares. En las actas de un concilio celebrado en Worms (Alemania) se encuentran las fórmulas observadas por este procedimiento. El canon XV dispuso que debía cantarse una misa solemne por un abad o religioso designado por él y toda la comunidad tenía que acercarse a la sagrada misa y, al recibir cada monje la eucaristía, quien había resultado acusado, tenía que confesar su inocencia y decir en voz alta lo siguiente: *Corpus Domini sit mihi ad probationem hodie*.

B. El juicio del Espíritu Santo: el Espíritu Santo presidía el examen de la verdad. Un ejemplo de este juicio es el que se le realizó al obispo de Tréveris, acusado por la voz pública de simonía, quien ante el llamado de Hildebrando Aldobrandeschi, quien fuera más tarde proclamado Papa llevando el nombre de Gregorio VII, debió decir lo siguiente: “Ven y si posees legítimamente el Espíritu Santo di sin temor Gloria al Padre, al Hijo y al Espíritu Santo”. Como el obispo juzgado no pudo recitar de manera completa el juramento, se retiró de la silla episcopal.

C. El juicio de la cruz: se llevaba a cabo delante de un altar ante los dos adversarios, quienes debían permanecer inmóviles con sus pies juntos y los brazos abiertos y extendidos, en pose de crucifixión, y escuchar de esa forma

la misa, algunos salmos o el evangelio de la Pasión de Cristo. El primero que se moviera, perdía la contienda. Esta práctica fue abolida por el rey de los francos, Ludovico Pío, el Piadoso.

D. El juicio del corsned: esta prueba se hacía con un pedazo de pan o de queso bendecidos. Se proferían ciertas fórmulas sobre ellos y luego la señal de la cruz. Si el acusado era culpable, sus dientes no llegarían a masticarlos o sus entrañas serían devoradas por un fuego interior. La oración sacramental era: *Faceumquireuserit, Domine, in visceribus angustiare, ejusquegutturconclude*.

Uno de los casos más resonantes en la Edad Media fue el juicio y el castigo que le fuera propinado a Pipino el Jorobado, hijo de Carlo Magno, quien fuera este último designado como sucesor de Pipino el Breve en el año 768 de nuestra era, en la ciudad de Noyon, Neutrasia.

Instalado en Aquisgrán, Alemania, el nuevo regente dirigió desde allí todo su Imperio hasta su muerte. Su reinado fue próspero y durante el mismo, se produjo un florecimiento doctrinario que se caracterizó por la predominación de la gramática y la retórica, aunque también *“hizo sus despuntes la dialéctica, por un gran interés por lo cosmológico y lo ontológico”*¹².

¹² BEUCHOT, Mauricio. *Historia de la filosofía medieval*. Fondo de cultura económica. México. 2008. Pág. 64.



Busto del emperador Carlomagno. Catedral de Aquisgrán, Alemania.



Capilla Palatina y catedral de Aquisgrán, Alemania, sede del gobierno de Carlomagno.

Es decir, se trató de una época de esplendor, denominada por muchos como “renacimiento carolingio” o “humanismo carolingio”, pues hubo un indudable aumento en los estudios artísticos, literarios, jurídicos y litúrgicos. Se

desarrolló incluso el empleo del latín medieval y la minúscula carolingia, proveyendo un lenguaje común y un estilo de escritura que permitieron una mejora en la comunicación de la sociedad culta en la mayor parte de Europa. Asimismo, Carlomagno realizó la recuperación de la cultura clásica latina que se dio esencialmente en los monasterios de la época y en la Escuela Palatina de Aquisgrán, bajo la dirección de Alcuino de York. En el campo político, realizó una reforma monetaria, la demarcación territorial civil en condados, ducados y marcas, y la reordenación de las provincias eclesiásticas, restaurando la autoridad de los arzobispos sobre los obispos. Sin embargo, y acudiendo al ojo agudo de Henri Pirenne¹³, ese esplendor no se reflejó ni en la circulación ni en el comercio, siendo todas las reformas de Carlos I el grande realizadas por su poder militar y por su alianza con la Iglesia.

Hacia el año 788, se inició una disputa entre los ávaros y Carlomagno, pues los primeros habían invadido la región bávara. Las discusiones se centraban en la delimitación de fronteras entre ambos Estados pero al fracasar toda negociación, el conflicto se llevó a las armas. Estando el monarca preparándose para la campaña contra estos adversarios, fue advertido de un terrible complot que se estaba gestando contra su vida y la de diversos miembros de su familia, siendo uno de los conspiradores su hijo Pipino el Jorobado, su primogénito e hijo además de su amante Himiltruda.

Pero el descendiente del emperador no estaba solo. Contaba con la ayuda de un grupo de francos, entre los que se hallaba el conde Teudaldo, quienes se quejaban de las injusticias, crueldades y mal carácter de la reina consorte Fastrada, tercera nupcia de Carlos. Asimismo, le reprochaban al monarca su actitud de tolerancia hacia su esposa. De esta manera, los conjurados se proponían matar al soberano y a sus hijos legítimos, con el claro objetivo de entregarle la corona al primogénito.

¹³ PIRENNE, Henri. *Las ciudades de la Edad Media*. Claridad. Argentina. 2011.



Interior de la Capilla Palatina. En el centro cuelga un candelabro donado por el emperador Barbarroja en 1165.

Pipino era un joven atractivo pero contaba con una deformación en su espalda, una joroba, que le impidió su sucesión al trono. No había recibido ni siquiera un condado, a diferencia de sus hermanos a quienes se les reservaban dones, dichas, poder y gloria, por lo que no dudó en prestar colaboración cuando los conspiradores acudieron en su ayuda.

El hijo del rey fingió estar enfermo para permanecer en la retaguardia y terminar con los preparativos del complot, mientras su padre se dirigía a luchar contra los ávaros. Los conjurados confiaron su preciado secreto al clérigo Fardulf, quien lo reveló a todas luces.

Al enterarse, Carlos se entristeció, pues era un hombre extremadamente sensible pero también implacable. No podía perdonar este complot, los hechos eran demasiado graves. Entonces, reuniendo a la asamblea general en Ratisbona, hizo comparecer allí a los confabuladores. Muchos de ellos negaron las acusaciones y fueron sometidos al juicio de Dios, otros a la prueba del duelo, algunos a la de la cruz o del agua hirviendo.

Si bien varios sacerdotes dudaron acerca de la validez de estas ordalías como sistema probatorio, ya que era inimaginable pensar que Dios quisiera castigar de ese modo a los hombres, Carlomagno estaba atado sentimentalmente a ellas, ya que respetaba profundamente las viejas costumbres y tradiciones de los francos, reflejándose de este modo un aspecto contradictorio de alguien que se consideraba amigo de las letras, las artes y la cultura en general, y de quien se autodenominaba defensor de la civilización. Jaques Deleperrié de Bayac define al monarca de la siguiente manera: *“Carlos condenaba las ferocidades paganas de la antigua Roma; se indignaba ante los sacrificios humanos de los sajones; admitía que los mismos francos también habían sido bárbaros, tiempo atrás, cuando adoraban a los demonios..., pero al mismo tiempo estaba orgulloso de este pueblo glorioso, al que pertenecía hasta su última fibra y del que era jefe: deseaba que se mantuviera tal como había sido, con las virtudes y costumbres que habían hecho posible su fuerza”*¹⁴.

Finalmente, todos recibieron un castigo menos el conde Teudaldo, quien logró sortear las pruebas a las que fue sometido. Los acusados de crimen de lesa majestad murieron en la horca y se les confiscaron sus bienes. Algunos de ellos fueron decapitados. Los conjurados que se hallaban en una situación más vaga, hombres de cuya consagración al rey había sido endeble, fueron

¹⁴ DELEPERRIÉ DE BAYAC, Jaques. *Carlomagno*. Aymá S.A. Editora. Barcelona. 1976.

castigados con el exilio. La servidumbre y los familiares de los castigados debieron pagar con sus espaldas y recibir latigazos.

Pipino fue condenado a la pena capital, aunque su padre le perdonó la vida. Fue tonsurado y enviado al monasterio de Prüm, situado entre Aquisgrán y Tréveris, para purgar sus pecados allí el resto de sus días.

Luego de haber castigado a quienes formaron parte del complot, el rey premió al clérigo Fardulf y lo nombró abad de Saint-Denis. También distribuyó oro y presentes a quienes habían sido fieles y leales con él.

La lucha contra los ávaros pasó a un segundo plano. Al rey le interesaba más descubrir y sofocar los últimos detalles de la conjura. El sólo de hecho de pensar que se había gestado un complot en su contra abrumaba su espíritu.

Se acercaban nuevos desafíos, el año 793 iba a ser terrible para su reinado y así lo fue.

II. *La confesión: la reina de las pruebas*

Es el turno aquí de la soberana de las pruebas. La palabra “confesión” proviene del latín (*confessio*) y significa “reconocimiento de un hecho”¹⁵. También implica la “declaración de los pecados en el tribunal de la penitencia”, como asimismo “la declaración del litigante o reo en un juicio”¹⁶.

Michel Foucault la ha definido como aquella declaración escrita u oral mediante la cual uno reconoce haber dicho o hecho algo y señala: “...el que habla afirma algo acerca de sí mismo”¹⁷.

Hasta el siglo XIII, que fue considerado como la era de las pruebas y de los tormentos, en la Edad Media habían existido las ordalías y juicios de Dios, el duelo judicial y el juramento purgatorio como medios probatorios mediante los cuales se resolvían los litigios.

Para aquella época, y tras el renacimiento del derecho romano¹⁸, recobraron prestigio las pruebas del derecho clásico, entre las que se hallaba la confesión. Ésta, integraba las denominadas “pruebas legales” y formaba parte de un sistema probatorio que se regía por las leyes romana y canónica, diferenciándose de este modo, de las pruebas religiosas o reveladas.

En 1215 se llevó a cabo el Cuarto Concilio de Letrán y en él se reforzó la obligación de todo cristiano de confesarse al menos una vez al año. A partir de allí, se conformó una “modesta industria de la confesión”, tal como lo afirmara Cullen Murphy¹⁹, puesto que existían manuales a través de los cuales los sacerdotes debían aprender cómo recibir una confesión, cómo clasificar las faltas y cómo sonsacar la conciencia del pecador. Recibían una intensa educación en teología moral y derecho canónico, a la vez que terminaban especializándose en la realización de preguntas complejas.

¹⁵ Pequeño Larousse Ilustrado. París. 1977.

¹⁶ Ídem.

¹⁷ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Siglo veintiuno editores. Bs. As. 2014.

¹⁸ *Corpus Iuris Civilis* (Derecho romano justinianeo) y *el Corpus Iuris Canonici* (Derecho canónico).

¹⁹ MURPHY (2012). Pág. 55.

De esta forma, señala este historiador: *“El inquisidor calificado tenía sus propios trucos. Para manejar a un preso poco comunicativo, podía sentarse frente a un montón de documentos y fingir consultarlos mientras hacía preguntas u oía respuestas, alzando periódicamente la vista como si sus páginas contradijeran la declaración, y aseverando al mismo tiempo: “Sé que escondes la verdad”... Otra técnica... consiste en cambiar de actitud sin previo aviso, y acercarse al interrogado con aparente espíritu de piedad y compasión, hablando “dulce” y solícitamente, y quizás hasta acordando con él qué pedirle de comer y beber... otro modo de romper el impasse... es “multiplicar las preguntas y cuestionamientos”, ya que hacer muchas preguntas rápida y repentinamente creará confusión, inducirá contradicciones y aportará información para un cuestionario más detallado”²⁰.*

Carlos A. Mahiques señala en su obra *La noción jurídica de la tortura*²¹, la existencia de una jerarquía entre las pruebas legales o también denominadas racionales. Así, estaban aquellas que cobraban notoriedad o evidencia, las que producían *probatio plena* y las que generaban *probatio semiplena*. Los jueces, cuyo papel consistía más en contar las pruebas que en evaluar su fuerza convictiva, pues no debían realizar apreciación personal alguna sobre las mismas, comenzaron a necesitar de la confesión a la hora de juzgar. De esta forma, para que el sistema funcionase, era imperiosa la aparición de la tortura en la escena judicial.

Si bien la confesión como medio probatorio cobró autonomía y elocuencia en el medioevo, producto de una *“juridización de la penitencia”*²² que comenzó en los siglos XI y XII (aunque también se realizaba en culturas antiguas paganas), se trataba asimismo de una práctica religiosa que implicaba la obligación de decir la verdad acerca de uno mismo.

En la ley 4ª, título 13, partida 3ª de las Siete Partidas de Alfonso X, también conocido como el Sabio, se establecía que la confesión debía provenir de un mayor de edad, ser espontánea, consciente, contra sí mismo, ante un

²⁰ MURPHY (2012). Págs. 58 y 59.

²¹ MAHIQUES, Carlos A. *La función jurídica de la tortura*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Bs. As. 2003.

²² Foucault (2014), pág. 200.

juez competente y en presencia de parte contraria o que conste en el proceso y se comunique a ésta, que recaiga sobre cosa cierta, que se haga en un proceso, que favorezca a la parte contraria y que no vaya contra la naturaleza o la ley²³.

La persecución penal pública del delito y, por consiguiente, la obtención de la verdad, se volvieron un deber y esta represión enérgica de la criminalidad confrontó rápidamente con el sistema probatorio que exigía la demostración de una plena prueba para una condena capital. Dicha circunstancia, sumada a la falta de medios para obtener la íntima convicción del juez, coronaron a la confesión como “la reina de las pruebas”. Lo que se confesaba, no era necesario que se probara por otros medios de prueba. Rápidamente, la aplicación de tormentos a los acusados fue avalada.

Mahiques²⁴ explica que el primer texto legislativo que recepcionó a la tortura fue el *Liber Iuris Civilis*, del año 1228 en la ciudad de Verona (Italia). En dicha normativa, se establecía que el magistrado tenía la facultad de investigar a través del duelo, de los juicios de Dios y de la tortura.

En el siglo XIII esta práctica se generalizó en toda la península itálica y pronto la adoptaron varios de Europa como el método por excelencia para alcanzar la verdad en el marco de un proceso judicial, como así también en aquellos procesos que la Iglesia inició contra quienes eran considerados herejes o brujos. El empleo de la tortura fue trascendental a la hora de averiguar la verdad.

La confesión carecía de validez si no era repetida por el imputado en público. Era necesario el reconocimiento del hecho cometido después de que el sujeto fuera retirado de la cámara, pues se consideraba que recién en ese momento había confesado de manera “libre”.

Resulta importante aclarar que no obstante la negación o retractación que pudiera efectuar el imputado, la causa continuaba de todos modos.

²³ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Víctor P. de Zavalía-Editor. Buenos Aires. 1976.

²⁴ Mahiques (2003).

Una vez aplicados los suplicios, el reo era colocado sobre un colchón, cerca del fuego, con la finalidad de realizarle un nuevo interrogatorio sobre lo que había confesado o negado previamente bajo tortura. En caso de confirmarse su revelación fuera de la cámara, la condena ya podía ser pronunciada. Sin perjuicio de la fuerza convictiva de esta clase de prueba, era menester que ésta fuera corroborada por otras pruebas antes de la culminación de procesos que culminaban con la pena capital, ya sea mediante indicios o a través de testimonios de personas irreprochables. En caso de que el individuo se retractara, fuera de la tortura, su confesión carecía de valor. Incluso, si surgían nuevos indicios los jueces repetían la aplicación de tormentos.

En los procesos eclesiásticos, los acusados no sólo podían revocar su confesión cuantas veces quisieran sino que además, tenían libertad de comunicación y podían convocar a testigos.

Se consideraba que aquel individuo que hubiese resistido la tortura sin confesar, había purgado las imputaciones que se esgrimieron en su contra y, por lo tanto, era liberado. Como bien lo explica Mahiques: *“Falto de confesión no podía ser condenado a ninguna pena, incluso pecuniaria, pues ningún interés civil se reconocía al demandante, pero el reo tampoco podía reclamar la compensación por los perjuicios contra sus acusadores, salvo calumnia evidente probada en la acusación o soborno de testigos”*²⁵.

Ahora bien, resulta notable destacar cómo la evolución en el reconocimiento de derechos y garantías, cuyo grado máximo se alcanzó en tiempos de la Ilustración, y ya rigiendo para ese entonces un sistema de juzgamiento de delitos acusatorio, este tipo de prueba perdió el mote de “sagrado” que había gozado durante la Edad Media. Resulta aquí imperioso señalar que el pasaje de un sistema procesal a otro se llevó a cabo de manera paulatina, en un lapso temporal que abarcó varios lustros. No obstante, debe destacarse que aún hoy todavía existen legislaciones que receptan ambas clases de procedimientos.

²⁵ Mahiques (2003).

A diferencia de lo que ocurría en el vetusto sistema inquisitivo, en el que las prerrogativas que podía llegar a tener un imputado quedaban totalmente anuladas, en el acusatorio la confesión no es considerada un medio de prueba propiamente dicho, de hecho no existe regulación legal alguna de esta clase de prueba. Se trata más bien de un medio de defensa. Mediante ella, el acusado puede llevar adelante su estrategia defensiva expresando todo aquello que considere conveniente en descargo a la atribución delictiva que previamente le ha sido comunicada. Si bien la confesión puede llevarse adelante en el marco de lo que los códigos de procedimiento modernos designan “declaración indagatoria”, Eduardo Jauchen, en su obra *Tratado de la prueba en materia penal*, aclara: “Puede haber confesión expresada en oportunidad de realizar cualquier otro acto procesal ante el juez como hay realización del acto de declaración indagatoria sin confesión”²⁶.

La principal diferencia existente entre la confesión en el sistema inquisitivo y este medio de prueba en el acusatorio, radica en que en este último, se trata de un acto voluntario del acusado, quien ha optado por revelar su verdad sin mediar tormento alguno. Así, mediante esta autoincriminación, el sujeto adquiere la calidad de imputado si es que con anterioridad no había podido corroborarse su participación en el hecho delictivo. Es decir, “*siempre importa el relato de un hecho propio y perjudicial para el que la presta*”²⁷. Basta con recordar aquí el grado de arbitrariedad en el que se encontraba imbuido el proceso inquisitivo para advertir claramente las divergencias entre un sistema y otro.

Sin perjuicio de esta particularidad que goza la confesión en el sistema acusatorio, lo cierto es que en ambas clases de procesos es prestada ante un juez y goza del carácter de indelegable, significando ello que debe ser efectuada únicamente por el imputado, constituyéndose de este modo en un acto personalísimo e intransferible. Cabe insistir con que esta desemejanza con el inquisitivo es notoria, ya que el constreñimiento físico y psicológico mediante la tortura para que el sujeto activo confesara su crimen, era indispensable.

²⁶ Ídem. Pág. 231.

²⁷ Jauchen (2009). Pág. 233.

El carácter voluntario de la confesión está vinculado a la garantía constitucional según la cual nadie puede ser obligado a declarar en su contra. Resulta fundamental que el sujeto tenga plena conciencia del acto que llevará a cabo y por ende, que se trate de una revelación espontánea. Por lo tanto, en caso de fatiga o falta de atención por parte de éste, es posible suspender el acto probatorio.

Es importante también destacar que el empleo de medios coactivos, la inducción a que declare en su contra o la exigencia de que preste juramento o promesa de decir verdad, conducen en el sistema acusatorio a la nulidad de esta prueba.

Otra divergencia interesante entre la confesión prestada en el proceso inquisitivo y el acusatorio radica en el carácter asignado a dicha prueba, pues siendo en el primero plena prueba, en el segundo es necesario corroborar los dichos del encausado a través de conocimientos técnicos y científicos. Es decir, en este último caso, no basta la sola confesión para condenar. Aquí, debe rememorarse nuevamente el carácter pleno de esta prueba en la Edad Media, el cual respondía a la inexistencia de un sistema valorativo en el que la sana crítica o la libre convicción fueran determinantes para el juez al momento de ponderar los elementos probatorios reunidos. Fue en virtud de tal carácter que, por ejemplo, los testimonios brindados por testigos quedaban prácticamente relegados en el procedimiento medieval.

Asimismo, en el Medioevo el acusado estaba compelido a confesar y era torturado, en muchas ocasiones, inmediatamente luego de su aprehensión y aún desconociendo los cargos que se le imputaban. Sin embargo, en el sistema acusatorio tiene la facultad de confesar en diversas oportunidades: en la declaración indagatoria, en la reconstrucción del hecho, en un careo, etc.

Jauchen explica que en la doctrina moderna se fueron forjando clasificaciones de la confesión. De esta manera, señala que está la judicial y la extrajudicial, constituyendo estas diferenciaciones, otra semejanza que puede advertirse entre los tipos de procedimientos confrontados hasta el momento. La primera, es aquella que se presta ante una autoridad judicial y la

segunda, la efectuada ante otra clase de autoridades (un policía, un particular, un funcionario administrativo, entre otros).

También están la espontánea y la provocada, siendo la primera la revelación realizada voluntariamente por el acusado y la restante, la obtenida interrogatorio mediante.

Por último, el autor menciona en su obra a la confesión simple y a la calificada. En el primer caso, el imputado reconoce lisa y llanamente haber participado en el ilícito, mientras que en el segundo, el sujeto además de reconocer su autoría, relata otros hechos o circunstancias que disminuyen o justifican dicha responsabilidad. Aclara el escritor sobre este último caso: “*Se admite el hecho y su participación, pero se agrega una disculpa*”²⁸.

La divisibilidad de la confesión y de la carga de la prueba, resulta ser otra diferencia trascendental en ambos tipos de proceso. Así, si bien en el sistema inquisitivo la confesión era en principio indivisible, es decir, configuraba una unidad inescindible cuya prueba en contrario le correspondía al órgano acusador, lo cierto es que existía una excepción. Cuando en el marco de una revelación el imputado alegaba hechos o circunstancias en su favor, se invertía la carga de la prueba y era a éste a quien le incumbía el deber de acreditar lo pronunciado.

Esta particularidad devino “inapropiada”²⁹ en las legislaciones modernas, receptoras del procedimiento acusatorio, debido a que al encontrarse vigente la libre valoración de las pruebas por parte del órgano juzgador; la atribución de ciertas prerrogativas a los sujetos procesales, a los efectos de reconstruir la verdad histórica; y el principio de inocencia que goza todo imputado en un proceso penal, la distribución de la carga de la prueba resulta imposible de llevar a cabo. Este último principio proclama la inocencia del acusado, la cual se presume, y la inexistencia de obligación alguna por parte de éste a los efectos de tener que probar determinadas circunstancias. A diferencia de lo acontecía en el procedimiento inquisitivo, es el Estado quien tiene la originaria e intransferible responsabilidad de corroborar los extremos de la acusación.

²⁸ Jauchen (2009). Pág. 246.

²⁹ Jauchen (2009). Pág. 248.

Ahora bien, no obstante aquellas diferenciaciones, es posible afirmar que el problema de la verdad es un tema que ha desvelado a muchos filósofos. Michel Foucault, por ejemplo, en sus obras *La verdad y las formas jurídicas*³⁰ y *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*³¹, se ocupa de determinar cómo surgieron los dominios del saber a través de las prácticas jurídicas. Si bien aclara que existen dos tipos de verdades, aquellas que surgen de la historia de las ciencias y las que se originan a partir de las formas jurídicas, explica que en la práctica penal el descubrimiento de la verdad se hizo primero con la indagación, en la Edad Media, y luego con el examen, en el siglo XIX a partir del advenimiento de la psicología, la psiquiatría y la criminología. Asevera este autor que las prácticas judiciales dieron origen a modelos de verdad que han permanecido vigentes.

Analizando diversas obras de la antigüedad, el autor llega a conclusiones sorprendentes. Así, afirma que la tragedia *Edipo Rey* de Sófocles es el primer testimonio de las prácticas judiciales griegas y la *Ilíada* de Homero, el primer testimonio de la investigación de la verdad. Sostiene también que en las obras *Electra* de Eurípides y *Antígona*, del primero de los autores señalados, ilustran cómo el pueblo se apoderó del derecho de juzgar y oponer la verdad a sus señores.

Foucault explica asimismo que durante los siglos XII y XIII, los notables medievales tenían el poder de averiguar la verdad, quienes a su vez eran consultados por el juez y por la Iglesia acerca de las verdades descubiertas. Mediante la indagación, dichos notables hacían preguntas a quienes eran sospechosos de cometer un delito o bien de llevar adelante una “infracción” eclesiástica (herejía o brujería).

En la segunda de las obras citadas, este filósofo asevera que quien confiesa un crimen se compromete, en cierto modo, a ser su autor. Es decir, acepta la responsabilidad que le cupo por ello. Además, estima que mediante esa revelación se coloca en una relación de dependencia con respecto a otro y modifica la relación consigo mismo.

³⁰ FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial. S.A. Barcelona.

³¹ FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Siglo veintiuno editores. Bs. As. 2014.

Según el pensador, “*La confesión es una extraña manera de decir veraz. En cierto sentido, siempre es verdadera (si es falsa, no es una confesión)*”³². Asimismo, describe el procedimiento a través del cual se manifiesta ritualmente lo que es verdadero (*alethes*) como “aleturgia”.

Durante la Edad Media, en el monacato, que implicaba una vida de penitencia y mortificación, la práctica de la confesión era fundamental. Se trataba de decir veraz sobre sí mismo (o “veridicción de sí”, como lo denomina el filósofo). Ello incluía un examen de conciencia previo, en el cual debía discernirse lo bueno de lo malo (*exagoreusis*), y un acto verbal posterior (*acto veritatis*). Afirma que esta “hermenéutica de sí” fue un invento del cristianismo.

Foucault también explica que ese examen constante de sí mismo generó un tipo de disciplina en los monasterios que se plasmó en la formación de jerarquías, sanción de faltas y vigilancia constante. La falta era acompañada de un castigo. Estas costumbres se trasladaron al ámbito público y, al producirse la codificación de conductas y castigos, se juridizó la práctica de la penitencia en el momento en que ésta se convirtió en un sacramento.

Así, surgieron dos jurisdicciones: la penitencial (*forum justitiale*), que imponía penas canónicas y la no penitencial (*forum paenitentiale*), en la que el sacerdote absolvía los pecados.

De este modo, el autor infiere que la instalación de la confesión en las prácticas penales se dio como consecuencia de una juridización de la sociedad y de la cultura occidental en la Edad Media sobre prácticas e instituciones propias del cristianismo.

Tras analizar históricamente a la confesión, la cual primero fue sólo una forma religiosa de revelar un pecado y luego se convirtió en una prueba integrante del proceso judicial penal, Foucault asevera que esta práctica, sea en el ámbito eclesiástico, sea en el ámbito laico, suscita o refuerza una relación de poder que se ejerce sobre quien revela una verdad. Por ello, infiere que no hay confesión que no sea “costosa”.

³² Foucault (2014), pág. 29.

Otro autor que ha ocupado de este tema es Nicolás Guzmán, quien en un capítulo de su libro titulado *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*³³, se pregunta si es posible alcanzar la verdad en el proceso judicial.

Así, sostiene que *“no es la verdad del hecho lo que debe probarse. Un hecho existe o no existe, pero no puede hablarse de él en términos de verdadero o falso”*³⁴. De igual manera, aclara: “El hecho en sí tampoco podría probarse, en el sentido de que éste, una vez que ocurrió, no puede ser reproducido mediante la experiencia”³⁵. Entiende Guzmán que “De lo único que puede hablarse en términos de verdadero y falso es de enunciados”³⁶.

Este autor cree que la visión escéptica respecto de la posibilidad de descubrir la verdad en un proceso judicial ha ganado terreno respecto de posturas optimistas, por lo que dicho objetivo no sería más que una quimera. Basándose en la obra de Michel Tartuffo, *La prova dei fatti giuridici*, señala la existencia de tres clases de obstáculos que el grupo de teóricos escépticos considera que obstruyen a la obtención de la verdad:

Imposibilidad teórica: Guzmán indica que, según esta doctrina, no es posible establecer cualquier verdad y dicha negación se traslada al ámbito jurídico. Ello, en virtud de que la verdad absoluta es inalcanzable y, por lo tanto, es imposible obtener cualquier conocimiento racional. Así, el autor explica: *“al ser el conocimiento una construcción mental privada de conexión necesaria con los fenómenos del mundo real, no se puede configurar un conocimiento verdadero de un hecho cualquiera”*³⁷.

Aclara también el escritor que es distinto el caso cuando se pretende arribar a una verdad relativa, la cual es factible de obtener debido a que si se acepta el carácter falible de la misma, es decir que pueda ser parcial o totalmente refutada, entonces ya no existe imposibilidad teórica de alcanzarla. La verdad absoluta sólo puede constituir un ideal *“que puede funcionar como*

³³ GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2006.

³⁴ Ídem. Pág. 17.

³⁵ Ídem.

³⁶ Ídem.

³⁷ Ídem. Pág. 20.

*guía*³⁸, pues la idea del error y la duda obstaculizan el hallazgo de una verdad objetiva en términos de absolutez.

Imposibilidad ideológica: el autor indica aquí que los defensores del modelo inquisitivo ansían el conocimiento de la verdad absoluta, aún cuando deban transgredirse límites o garantías.

Si bien debe reconocerse que la verdad resulta ser un valor trascendental a la hora de investigar, juzgar y condenar por la comisión de un delito, una cosa es la verdad como valor y otra diferente es la forma que se elige llegar a ella.

Imposibilidad práctica: en este ítem, el escritor sostiene que no obstante la clase de proceso que se trate, existe de todos modos una dificultad práctica para obtener la verdad. En realidad, y esto se condice con los puntos anteriores, quien quiera obtener una verdad absoluta, tendrá inconvenientes en cualquiera de los niveles hasta ahora señalados. Por lo tanto, no debe tenderse a hipotetizar o soñar con la consecución de “*míticas verdades absolutas*”³⁹ sino con adoptar una actitud más permeable a conseguir una verdad no sólo relativa sino también razonable, que pueda ser efectivamente comprobada.

Se trata de tener en cuenta además, las limitaciones que existen desde lo regulado en los códigos de procedimiento como así también en aquellas prerrogativas que tutelan los derechos fundamentales de las personas, que poseen raigambre constitucional.

Hernando Devis Echandía⁴⁰ explica que han existido distintas teorías acerca del fin de la prueba judicial. Así, estaban aquellos autores que entendían que las pruebas eran los medios mediante los cuales era posible descubrir la verdad, como fue el caso de Jeremy Bentham y José A. Clariá Olmedo.

Por otro lado, estaban aquellos que consideraban que la finalidad de los medios probatorios consistía en obtener el convencimiento o la certeza

³⁸ Ídem. Pág. 21.

³⁹ Ídem. Pág. 25.

⁴⁰ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Víctor P. de Zavalía-Editor. Buenos Aires. 1976.

subjetiva del juez sobre la verdad o existencia de los hechos, puesto que entendían que la verdad obtenida a través de la prueba, era siempre subjetiva. Carlos Cossio, era uno de los exponentes de tal tesis.

También, señala el autor, existió una tercera postura. Era la de quienes proponían que el fin de la prueba radicaba en la fijación de los hechos, siendo Francesco Carnelutti su principal paladín.

No obstante las disimilitudes de cada teoría, Devis Echandía concluye: *“La verdad es una noción ontológica, objetiva, y el conocimiento que creemos tener de ella es subjetivo. Si el fin de la prueba fuese la verdad, resultaría que en muchos procesos no se habría cumplido ese fin, a pesar de que el juez hubiera adoptado una decisión convencido por ella. Siempre que, gracias a la prueba suministrada, se pronuncie sentencia, aquélla ha cumplido su función. Este simple razonamiento indica que el fin de la prueba es darle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos, que es la creencia de conocer la verdad o de que nuestro conocimiento se ajusta a la realidad”*. Y asevera: *“La justicia humana no puede exigir más, porque no puede aspirar a la infalibilidad”*⁴¹, postura ésta que evidencia un punto de vista sensato y permeable a la hora de descubrir la realidad de un hecho ilícito.

⁴¹ Devis Echandía (1976). Págs. 250 y 251.

c) La legalidad del uso de la tortura

Si bien en los capítulos previos fueron esbozadas las formas en que el sistema inquisitivo hacía uso de la tortura para alcanzar la verdad en el proceso, en este punto se desarrollarán aspectos interesantes a tener en cuenta sobre este tema.

La palabra “tortura” implica desgracia, calamidad e infelicidad. Se entiende que es toda cuestión relacionada con el tormento. Así, Alfredo Achaval indica: *“Siendo tormento la acción y el efecto de atormentar, debe entenderse por tal la producción intencional de dolor físico y/o psíquico, inferido a terceros (y/o a sí mismo), por personas u organizaciones, con variada finalidad, generalmente para obligar a confesar algo, sin olvidar otras muchas motivaciones, como el mero placer sádico o la invocación de ayuda divina, como ofrenda, o el castigo y además de la muerte, como símbolo de autoridad”*⁴².

Por su parte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, en su artículo 2, ha señalado: “...se entenderá por tortura todo acto realizado intencionalmente por el cual se inflijan a una persona penas o sufrimientos físicos o mentales, con fines de investigación criminal, como medio intimidatorio, como castigo personal, como medida preventiva, como pena o con cualquier otro fin. Se entenderá también como tortura la aplicación sobre una persona de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima o a disminuir su capacidad física o mental, aunque no causen dolor físico o angustia psíquica. No estarán comprendidos en el concepto de tortura las penas o sufrimientos físicos o mentales que sean únicamente consecuencia de medidas legales o inherentes a éstas, siempre que no incluyan la realización de los actos o la aplicación de los métodos a que se refiere el presente artículo”.

⁴² ACHAVAL, Alfredo. *Medicina Legal. Derechos Civil y Penal. Parte general y Derecho Penal*. La Ley. Buenos Aires. 2009.

Este flagelo universal, utilizado ya desde tiempos inmemorables, fue sustancial en el proceso inquisitivo medieval. Los tormentos, como bien se señalara con anterioridad, se desarrollaban sobretodo en el marco de la confesión. En consecuencia, *“El surgimiento de la tortura como medio aceptable en un interrogatorio contiene en germen una manera moderna de pensar: la verdad puede establecerse sin la ayuda de de Dios”*⁴³.

A través de la bula *Ad extirpanda* (1252), el entonces Papa Inocencio IV estableció el uso de la tortura en las tareas de la Inquisición. Como ya se adelantó en capítulos previos, existieron algunas diferencias en el modo de impartir tormentos por parte de la Iglesia y por parte de las autoridades laicas, pues la primera cumplía ciertas reglas respecto de los segundos e intentaba no causar daños graves ni poner en riesgo la vida del presunto hereje.

Las técnicas de tortura más conocidas y usadas fueron:

- “Garrucha” (polea): se trataba de un sistema de suspensión del imputado que operaba por gravedad simple. Consistía en atar las manos del acusado en su espalda y por medio de una polea o una soga pasada sobre una viga, el cuerpo del inquirido era alzado del piso por las manos, para luego dejarlo caer abruptamente. Este tipo de tormento, además de generar una fuerte tensión en los hombros, podía ocasionar además inelasticidad permanente de los músculos, daños al plexo braquial, parálisis y dificultades respiratorias.
- Potro: era una plataforma con cuatro patas en la que el imputado era colocado boca arriba, con sus brazos y piernas firmemente sujetos a una especie de molinetes que se ubicaban en los extremos de la misma. Cada giro de los molinetes, producía un estiramiento de las extremidades del acusado, llegando incluso a romperse sus ligamentos y huesos. Existía también una segunda versión del potro, que consistía en enrollar el cuerpo del sujeto con una cuerda que luego se sujetaba a los molinetes y se tensaba con cada vuelta de éstos.

⁴³ MURPHY (2012). Pág. 60.

- “Toca”: se trataba de un paño que se empleaba para tapar la boca del reo y se vertía agua con la finalidad de provocarle sensación de asfixia por ahogo. También se conoció a este método como “submarino”.

Los soberanos Isabel de Castilla y Fernando de Aragón, instauradores del sistema inquisitivo en su tierra, fueron implacables en la utilización de tormentos, de hecho la moderna inquisición española fue considerada la más sangrienta de todas.

Sin perjuicio de los crueles métodos de tortura antes indicados, no puede dejarse de lado que la “*coreografía del rito*”⁴⁴ en la cual el imputado iba a recibir su condena, también implicaba el uso de tormentos para con éste. Si bien los acusados no eran torturados a modo de castigo, no quedan dudas de que las sanciones aplicadas llevaban ínsitas grandes cuotas de martirio.

De esta manera, el reo debía desfilarse por la plaza principal y detrás de él se ubicaba una carreta con los cadáveres de aquellos imputados que murieron en la hoguera (herejes, brujos o delincuentes). También, tenía la obligación de vestir el “sambenito”, una túnica ornamentada con una cruz, y aquellos que habían sido condenados a morir en la pira, un tocado cónico y alargado, conocido como “capiroto”. Francisco de Goya fue un fiel retratista de esta final ceremonia.

Asimismo, existía el afán de provocar el fuego lentamente para que el condenado experimentara un sufrimiento mayor.

La condenación a servir como galeote en la flota del Mediterráneo, pena muy utilizada durante la sangrienta y borrascosa inquisición española, fue otra forma de continuar con el uso de la tortura, puesto que una vez embarcado en ella, el penado era susceptible de adquirir las peores enfermedades: “La galera de remos consumía hombres como combustible”⁴⁵.

Explica Cullen Murphy que el principal experto moderno en tortura, Darius Rejali, clasificó a las técnicas de tortura en tradiciones de presión mayor y menor. Argumenta que la primera, “*consta de métodos de aplicación*

⁴⁴ MURPHY (2012). Pág. 72.

⁴⁵ MURPHY (2012). Pág. 87.

poco restringida y que dejan “lesiones visibles y permanentes” en las víctimas” y la segunda, “conlleva ciertas reglas y deja “marcas menos reveladoras”, concluyendo que la Inquisición se encontraba en el medio de dichas tradiciones y asegura: “Operaba en un entorno en el que las autoridades seculares podían tratar a los sospechosos como quisieran”⁴⁶.

⁴⁶ Ídem. Pág. 91.

d) Recursos en el sistema inquisitivo penal: la actividad impugnativa en el medioevo, en la modernidad y en la era contemporánea

Luego de haberse descrito los sistemas probatorios, es preciso adentrarse en el mundo recursivo inquisitivo. Los recursos han existido en todas las épocas, salvo en los casos de los gobiernos monocráticos, que asumían todas las funciones estatales o en los cuales la justicia se dictaba por invocación de autoridad divina, como en el caso del derecho germano más primitivo, cuyo proceso era considerado una expresión de la divinidad y ésta poseía un carácter infalible.

Así, los antiguos egipcios interponían recursos ante su órgano superior de justicia, que era la Corte Suprema; espartanos y atenienses impugnaban las sentencias de los tribunales ante la Asamblea del Pueblo y los romanos, durante la República, podían pedir ante la Asamblea, por ejemplo, el cambio de la pena de muerte por el exilio y durante el Imperio, utilizaron la *apellatio* como forma de recurrir ante el Emperador, en nombre de quien se dictaba la justicia por los funcionarios, quienes en ese caso le “devolvían” la jurisdicción.

Ahora bien, ¿qué ocurrió en el sistema inquisitivo de enjuiciamiento penal que se inició en la Edad Media? En el año 1287, Alfonso III, rey de Aragón y de Valencia, instauró el juicio de manifestación a partir del cual cualquier ciudadano, mediante un trámite rápido, podía solicitar que se mostrara al detenido o privado de libertad con la finalidad de que se protegiera su libertad corporal y su integridad física, siendo éste el primer antecedente del actual habeas corpus.

No obstante ello, cabe destacar que el derecho que poseían los imputados a impugnar la sentencia dictada recién fue otorgado alrededor del siglo XV, cuando el proceso inquisitivo laico terminó de moldearse. En esta época, renacieron la apelación y se empleó también la *querella nulitatis* (utilizada esta última para atacar errores *in procedendo* de las sentencias y para garantizar la estricta observancia de la ley por parte del Juez, antecedente de la casación actual) como remedios ordinarios, y la *supplicatio* y la *restitutio*

in integrum (que consistía esta última en un remedio extraordinario utilizado por el Pretor en determinadas circunstancias, para anular un acto o negocio jurídico que producía efectos notoriamente injustos y perjudiciales, otro precedente de la casación actual), como recursos extraordinarios.

Este sistema recursivo surgido en tiempos modernos en Europa se trasladó luego a las Indias Occidentales, objeto de conquista por parte de los españoles. El sol parecía no ponerse para la Inquisición. *“Ésta pudo extenderse con rapidez por dos razones. Una de ellas fue sencillamente la revolución en las comunicaciones, entendidas en general como la proyección en el espacio de poder e ideas. Una iniciativa disciplinaria como la Inquisición debía ser capaz de transmitir mensajes a distancias cortas (al otro lado de la sala) y largas (al otro lado de las montañas y el mar)”*⁴⁷.

Las instituciones de la monarquía española y de la Iglesia se trasplantaron con gran éxito en América, añadiéndose con ellas el idioma y la religión. Cabe destacar de este modo que el sistema inquisitivo recaló sobretodo en los propios conquistadores más que en los indígenas que habitaban las tierras descubiertas, debido a que muchos de los nuevos pobladores eran judíos conversos que mantenían en secreto ciertos rituales.

La legislación que regía en América antes del arribo de los hispanos fue rotunda y llanamente desplazada por la vigente durante la monarquía de los de los Reyes Católicos y los primeros tribunales se establecieron en la ciudad de México, Lima y Cartagena.

En el ámbito de la organización judicial, se crearon organismos que, por supuesto, respondían a los monarcas españoles de modo indivisible y absoluto. Al existir también en América una delegación de las funciones reales en materia penal, también se mantuvo el efecto devolutivo de las impugnaciones que se impetraban contra las decisiones judiciales, existiendo hasta una tercera y cuarta instancias, aunque se llegaba a las mismas de manera excepcional. La justicia colonial multiplicó el régimen de recurrencia (pues se interponían

⁴⁷ MURPHY (2012). Pág. 145.

recursos tanto en la Colonia como en la metrópoli) y aumentó considerablemente los plazos para interponerlos y fallarlos.

Con la Revolución Francesa surgió la máxima de que los jueces debían ser siervos de la ley, la cual sólo tenían que aplicar y no interpretar, por lo que se tendió a la supresión de los recursos. El propio Montesquieu decía: “el juez no es más que la boca por la que se aplican las palabras de la ley”. No obstante este postulado, inmediatamente se reconoció el derecho al doble grado (doble instancia) y se creó además la casación, cuya función consistía en anular las sentencias que contravinieran el ordenamiento jurídico. La casación surgió con una función nomofiláctica: la de preservar el cumplimiento de las normas tal y como han emergido de la asamblea.

La justicia colonial tuvo un exceso de recursos y a ello se sumaba la circunstancia de que quienes dictaban justicia eran una mezcla de autoridades político-administrativas-jurisdiccionales. Estaba organizada de la siguiente manera:

1. Consejo Supremo de Indias (1511-1812): Compuesto por varios ministros, un fiscal y un canciller, cumplían tareas de asesoría al rey y era el tribunal de última instancia (también llamado de segunda suplicación) ante los recursos que se interponían a las audiencias en grado de apelación, los cuales eran denominados de suplicación o recurso extraordinario de nulidad o injusticia notoria, que atendían a todo lo relativo a las decisiones jurisdiccionales y administrativas de la Colonia. En realidad, con este recurso se pretendía una nueva revisión del proceso ante el rey y podía ser de gracia o de justicia. Se admitían también los recursos de aclaratoria y revocatoria. Conocía sólo originariamente en casos de juicios de residencia y cuando se trataba de visitas e inspecciones de funcionarios españoles.

2. Casa de contratación de Sevilla (1503, con facultades desde 1511): Tenía competencia en causas penales relacionadas con el comercio y la navegación. Cuando imponía la pena de muerte o penas corporales, podían interponerse recursos ante el Consejo Supremo de Indias.

3. Reales Audiencias de Indias: Poseían funciones de gobierno. Había tres clases: virreinales, pretoriales y subordinadas. También tenían competencia en casos de corte, como falsificación de moneda, incendio, homicidio, etc. y en causas criminales por hechos sucedidos en su ciudad de residencia. Sin embargo, pese a estas funciones, la tarea principal de las Reales Audiencias era decidir sobre los recursos interpuestos contra las resoluciones dictadas por gobernadores, alcaldes mayores y justicias inferiores.

4. Gobernadores o Capitanes Generales, Corregidores y Alcaldes Mayores: Eran la máxima autoridad judicial en materia penal, a menos que existiera una Audiencia en su territorio, y conocían en grado de apelación las decisiones emanadas por alcaldes ordinarios. Ante este órgano, podían interponerse los siguientes recursos: 1) Apelación, contra sentencias definitivas e interlocutorias; 2) Aclaratoria, con la finalidad de que el mismo tribunal que dicta la sentencia, aclare, corrija o amplíe sus errores materiales; 3) Revocación (revocatoria o reposición), para autos de mero trámite y también para sentencias interlocutorias y 4) Nulidad, que en realidad fue absorbido paulatinamente por el recurso de apelación y hasta, incluso, se interponía conjuntamente con aquélla.

5. Alcaldes ordinarios: Jueces de primera instancia en materia penal que tenían competencia en todos aquellos casos en los que no interviniera otro organismo.

A pesar del significativo peso que tuvo la Inquisición en la Europa medieval y moderna, tanto a nivel religioso como a nivel judicial, resulta notable la satisfactoria evolución que se llevó a cabo en el territorio Hispanoamericano respecto de estas prácticas, gracias al aporte brindado por la Declaración de la Independencia de los Estados Unidos (1776), la Constitución de Virginia (1776) y la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789).

Desde el acta de constitución de la Primera Junta de Gobierno (25/05/1810), la organización judicial en nuestro territorio fue cambiando su fisonomía, pues comenzó a gestarse el principio de independencia en la administración de justicia y, como señala Maier (1989), parte esencial de esa independencia judicial fueron las garantías acordadas a quienes administraban justicia: inamovilidad de los jueces y la garantía económica de su retribución,

que respondían a la máxima de que jueces libres, independientes e imparciales sean quienes deban impartir justicia. Así, la Asamblea del año 1813 disponía que los miembros de la Cámara de Apelación “durarán en su destino mientras dure su buena conducta”. Por su parte, la Constitución de 1819 establecía que los miembros de la Alta Corte de Justicia “recibirán una compensación por sus servicios”.

Comenzaron a surgir principios de garantía individual. En el Reglamento Provisorio de la Junta Conservadora se establecía el límite de 48 hs para arrestar a una persona sin consignarla ante un juez. En 1811, mediante el Decreto de Seguridad Individual, se estableció la necesidad de juicio y condena previos a la ejecución de una pena, prohibición de arresto sin indicios vehementes de criminalidad, información del imputado de la causa de su detención, inviolabilidad del domicilio y papeles privados (no se podían allanar ni intervenir sin orden escrita), prohibición de incomunicar después de la confesión, libertad para entrar, salir y permanecer en el territorio del Estado y cárceles sanas, limpias, que sean para seguridad y no para castigo de los reos.

En 1812 se formaron las Cámaras de apelaciones, que funcionaban como tribunal de apelación de los alcaldes, jueces de primera instancia. Reemplazaron definitivamente a las audiencias.

La Asamblea Constituyente de 1813 abolió el tribunal de la inquisición, prohibió el uso de tormentos en la investigación criminal, evitó la prestación de juramento de las partes, reguló la visita semanal de las cárceles por alcaldes ordinarios, y se estableció la necesidad de que los escritos de la defensa sean firmados por letrados.

El Estatuto Provisional de 1815 incorporó en su texto el Decreto de Seguridad Individual y sus disposiciones fueron confirmadas por el Reglamento Provisorio de 1817.

Luego de la Independencia, se suprimieron los recursos ante el rey o el Consejo de Indias. Los recursos de aclaratoria, revocatoria y apelación se mantuvieron con sus caracteres originarios y el de nulidad se fue vinculando con este último. En todos los sistemas se aceptaba la vía incidental. Se

mantuvieron también los recursos extraordinarios: la restitución *in integrum* y el recurso extraordinario de nulidad notoria (vinculado con errores de derecho), que luego derivó en el recurso de casación.

La Constitución de 1819 estableció los llamados “derechos particulares”, entre los cuales se previó la exigencia de juicio por jurados y la publicidad de todos los juicios. Asimismo, creó la Alta Corte de Justicia, que ejercía el poder judicial supremo del Estado y estaba formada por 7 jueces y 2 fiscales.

Pese a esta línea de progreso, existieron algunas regresiones, por ejemplo, la regulación de un procedimiento sumarísimo para delitos graves por parte de la Cámara de Buenos Aires, sin audiencia ni defensa para el imputado.

En 1823 se abolieron los fueros personales. Tres años más tarde se impuso la publicación de las sentencias penales por delitos graves y se dictó la Constitución Nacional, que pese a haber continuado con los postulados de la de 1819, no alcanzó a aplicarse.

Por otro lado, en el gobierno de Juan Manuel de Rosas se creó el Tribunal de Recursos Extraordinario y la obligación de motivar todos los fallos.

Con la ideología liberal y republicana de la Constitución de 1853, surgió la garantía del juicio previo, la consideración del imputado como inocente, la idea de que el juicio de condena sea labor de un juez natural, la inviolabilidad de la defensa, la incoercibilidad del imputado como órgano de prueba, la supresión de la tortura, la inviolabilidad del domicilio y papeles privados, la concurrencia de exigencias formales y materiales para la privación de la libertad procesal, la supresión de fueros personales, el juicio por jurados, la oralidad, la publicidad, la libertad de defensa del imputado, la libre o íntima convicción en la valoración de la prueba, la inmediación, la presencia del imputado, la publicidad popular del debate, entre otros principios, actualmente vigentes en nuestro ordenamiento jurídico.

Como corolario del proceso organizativo de la justicia nacional, en 1862 se estableció el comienzo de la organización judicial federal, se crearon juzgados federales en cada provincia y la Corte Suprema de Justicia. Mediante

la ley 48, se organizaron los tribunales federales y se creó el recurso de inconstitucionalidad de ley (extraordinario de apelación) ante dicho órgano.

Finalmente, surgió el recurso de amparo en el marco de las Constituciones de los Estados Unidos Mejjicanos de 1857 y 1917, medio impugnativo que fue receptado a su vez en diversos países de hispanoamérica, como El Salvador (1896), Honduras (1936), Nicaragua (1931), Argentina (con la ley de 1966 y el Código de la Nación de 1967) y Uruguay (1984).

Asimismo, pese a las diferentes disposiciones tuitivas de la libertad corporal que se materializaron durante varios años (1811, 1813, 1815, 1819 y 1853), y pese al precedente del Mandado de segurança que establecía la Constitución brasileña de 1934, a modo de "habeas corpus civil", lo cierto es que fue la Convención Constituyente de 1949 la que incorporó por primera vez en nuestro texto constitucional y de manera expresa, la mención del habeas corpus, definido como un recurso tendiente a proteger cualquier amenaza o restricción a la libertad.

No obstante todos estos avances, el sistema inquisitivo aún resultaba difícil de erradicar.

e) ¿Siglo XIX = Inquisición?: puntos de impacto de este sistema de enjuiciamiento de los delitos en nuestro país

Sin perjuicio de la línea de progreso que se dio en el siglo XIX en Argentina, como bien fuera descripta en el capítulo precedente, y pese al gran avance que significó que nuestro país se alineara, a nivel constitucional, al sistema acusatorio anglosajón, lo cierto es que desde el punto de vista cultural los resabios inquisitivos siguieron latentes.

Héctor Superti, autor del artículo *¿Inquisidores o jueces? Una decisión determinante en el actual proceso de cambio* indicó que esta diferencia entre la realidad cultural y la norma constitucional "... marcó un divorcio que se mantuvo a lo largo del tiempo, y en los momento críticos, donde el conflicto entre una y otra posición era insolucionable, prevaleció la posición inquisitiva"⁴⁸.

Un reflejo de ello puede advertirse en el Primer Código de Procedimiento Penal para la Justicia Federal en el que, en lugar de poner en práctica algunas de las máximas que ya se venían estableciendo, por ejemplo el juicio por jurados enunciado en la Constitución de 1853, se optó por un código netamente inquisitivo, el cual resultaba ser prácticamente una réplica de aquél que estuvo vigente en la península ibérica pero que ya, para esos tiempos, se encontraba derogado.

Mientras el ámbito judicial penal parecía anclarse en un sistema de enjuiciamiento que resultaba vetusto en muchos países europeos, Argentina por otro lado, aprobaba tratados internacionales afines a la ideología liberal de la Carta Magna de 1853, como es el caso del Pacto de San José de Costa Rica.

⁴⁸ BACIGALUPO, Enrique. SUPERTI, Héctor. *Derecho Penal. Doctrina y legislación*. Tomo VI. Editorial Juris. Rosario, 1998.

Alberto M. Binder se atreve a aseverar que el sistema inquisitorial se mantuvo “vivo y potente, aunque revestido de distintos ropajes”⁴⁹, debido a que mientras se mantenían la escritura y el secreto al estilo del otrora modelo español, se propugnaba al mismo tiempo la existencia de las pruebas legales y la identidad entre acusador y juzgador.

Por otro lado, y de manera paralela a estos vaivenes, ya en los últimos años del siglo XIX y en los primeros del XX, predominaron los dogmas del positivismo criminológico en nuestro país. La investigación criminológica comenzó una búsqueda del conocimiento racional y fundado. Ello se gestó a través de la puesta en crisis de las ideas humanistas provenientes de la Escuela Liberal Clásica hasta ese momento imperantes, la crítica a los sistemas procesales y la necesidad creciente de comprobación gracias al paradigma de la ciencia que comenzó a gestarse a partir de 1900.

Todas las disciplinas fueron regeneradas por las nociones de “evolucionismo” y “determinismo”. Las modernas investigaciones científicas enseñaban que las condiciones del medio físico o cósmico influían de una manera indudable en la determinación del fenómeno ilícito. Es decir, se creía que las condiciones del medio social impulsaban, en muchos casos, al hombre a delinquir y por ello el delito fue definido como “un hecho concreto determinado por causas”, siendo los principales exponentes de estas ideas los italianos Cesare Lombroso, Enrico Ferri y Raffaele Garofalo.

En el campo criminológico, el positivismo era una reafirmación de la predisposición del hombre al delito debido a sus características inherentes como ser humano: estatura, sexo, masa corporal, etc. Tenía a su vez una gran dependencia con la medicina para explicar las causas delincuenciales. Aquí debe recordarse que para finales del siglo XIX se produjo una eclosión de las ciencias y se afirmaron la gnoseología, la antropología, la sociología, la fisiología y la psiquiatría. En nuestro país, uno de los grandes referentes del positivismo fue José Ingenieros, quien realizó un “Programa de la Criminología”.

⁴⁹ Revista del INECIP. Provincia de Buenos Aires. *Política criminal bonaerense*. Buenos Aires. 2005.

Ya no había preocupación por provocar cambios filosóficos o políticos, ni de legitimar la aplicación de la pena; había por lo tanto un cambio en el objeto de estudio: se querían encontrar las “causas de la delincuencia” (paradigma etiológico) y buscar un método para suprimir estas causas. La obra de Darwin, que poseía la Teoría de la selección natural, y luego la de Spencer (que sostenía que los inadaptados debían desaparecer y los mejores ocupar los puestos directivos en todos los terrenos de la vida social), fueron otros de los pilares positivistas que hicieron mella en nuestro país.

El nacimiento y arraigo de la criminología dentro de este modelo de referencia fue parte de un movimiento cultural y de un proyecto económico. Ésta fue la concepción ideológica dominante de las clases dirigentes durante aquellos tiempos.

Las tres grandes marcas del positivismo en la Argentina estuvieron dadas por:

a) La existencia de estudios sistemáticos sobre el delincuente realizados en las cárceles con el fin de elaborar terapias individualizadas. La evolución política criminal bajo los gobiernos radicales de Hipólito Yrigoyen y Marcelo T. de Alvear se caracterizó también por la preocupación de prevenir el “estado peligroso” o el “peligrosismo” y acentuar la necesidad de la defensa social. De hecho, bajo el primero de esos gobiernos democráticos, se produjeron sangrientos hechos de represión como la semana trágica y los fusilamientos de peones en la Huelga de Patagonia;

b) La gran Influencia en leyes especiales, cárceles y un modelo de control, especialmente puestos de manifiesto en las dos primeras décadas del siglo. La influencia positivista en nuestro país también estuvo dada por la presencia de normas de carácter ideológico y social, como las leyes n° 4144, de 1902 y n° 7029 de 1910, llamadas “Ley de Residencia” y “Ley de Defensa Social”, respectivamente, las cuales posibilitaron la expulsión, la prisión o el confinamiento de miles de extranjeros y de trabajadores de ideas revolucionarias durante más de cincuenta años;

c) La tercera gran marca del positivismo fueron los reiterados intentos de modificar el Código Penal, a través de sucesivos proyectos que no lograron su objetivo: avances y retrocesos que serán descriptos a continuación.

Todo comienza con los proyectos González-De la Plaza de 1871, cuyos autores fueron convocados por el Poder Ejecutivo Nacional para elaborar la ley de organización del jurado y la ley de enjuiciamiento, ambas inspiradas en la legislación liberal vigente en Estados Unidos. Estas iniciativas no prosperaron, pues el Congreso enterró el juicio por jurados y decidió que el enjuiciamiento de delitos se lleve a cabo ante tribunales de derecho, lo cual significó el establecimiento de un proceso escrito, en el que la inmediación se encontraba proscripta y el imputado era un convidado de piedra, cuestiones que a su vez se contradecían con el espíritu de la Constitución Nacional vigente en ese entonces.

Con esta línea de corte inquisitiva, el Poder Ejecutivo encomendó en el año 1882 a los doctores Manuel Obarrio y Emilio R. Coni, la redacción de un proyecto de código de procedimiento ante los tribunales nacionales, el cual regiría en la Ciudad de Buenos Aires, territorios nacionales y también lo aplicarían los jueces federales de sección de las provincias.

Sin perjuicio de la renuncia de Coni, Obarrio elevó el proyecto, el cual terminó sancionándose el 04/10/1888 como “Código de Procedimiento en materia penal” (ley 2372). Unos meses después comenzó a regir y fue conocida esta obra abreviadamente como CPP nacional.

Este nuevo cuerpo normativo conservó los fundamentos principales de la inquisición, ya que su autor se vio fuertemente inspirado en la legislación española de 1879 que, como consecuencia de la suspensión de la vigencia de la ley del año 1872 que establecía el enjuiciamiento oral y público ante un jurado popular, volvía a reflotar los antiguos postulados inquisitivos.

Si bien luego España sancionó la Ley de enjuiciamiento criminal conforme a las nuevas ideas imperantes en Europa, es decir, las liberales, nuestro CPP nacional fue considerado por muchos como “viejo y caduco”, debido a que representaba un lamentable atraso cultural y político.

Julio B. J. Maier⁵⁰ explica que este código tenía como características principales:

- 1) Los jueces poseían la función de investigar y decidir;
- 2) El Ministerio Público Fiscal tenía mínimas facultades en la investigación;
- 3) La investigación preliminar era considerada la etapa central;
- 4) El imputado se veía reducido como objeto de procedimiento y, por lo tanto, desprovisto de los derechos y las facultades que lo colocarían en un pie de igualdad con el juez;
- 5) La escritura era la base del procedimiento;
- 6) Predominaba la prueba legal o tasada en la valoración de los elementos reunidos y revisión amplia de las decisiones.

Pese al fuerte predominio que este código mantuvo durante un extenso período de tiempo, la obra de Tomás Jofré, que dio por resultado la sanción del Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires (15/01/1915) y la ley 654 de la provincia de San Luis, que provocó la inmediata sanción de un código del mismo tenor en dicho territorio, brindaron una bocanada de aire fresco a las fuertes ideas inquisitivas que se desprendían de la obra de Obarrio.

La principal innovación de estos ordenamientos legales consistió en establecer un juicio oral y público ante un tribunal colegiado, siempre y cuando el imputado manifestara su intención de ser juzgado de este modo, mas si eran varios los acusados, todos debían optar por este sistema. Asimismo, limitaron el secreto instructorio, entre otros adelantos.

Esta iniciativa terminó en un fracaso, ya que la inexistencia de una organización judicial adecuada y la práctica ordinaria de otro tipo de procedimiento, provocaron cierto escándalo en el público, aunque bien cabe

⁵⁰ MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo I. Volumen b. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1989.

destacar que constituyeron ambos códigos el “primer peldaño crítico del CPP nacional y la tradición inquisitiva impuesta en nuestro país”⁵¹.

Otro avance considerable en esa especie de “lucha” que se desarrolló en nuestro país para combatir al sistema inquisitivo, fue el Código de Procedimiento de la Provincia de Córdoba de 1940, cuyo proyecto fue redactado por Sebastián Soler, Alfredo Vázquez Mariconde, Ernesto S. Peña y contó además con la participación de Ricardo C. Núñez.

Este nuevo código presentaba un sistema diametralmente distinto al de Obarrio y para ello, se había inspirado en legislaciones europeas que se alejaban palmariamente del inquisitismo, pese a que una de ellas paradójicamente provenía de un gobierno fascista. Así, estableció entre sus máximas que la jurisdicción penal fuera ejercida por tribunales integrados por jueces profesionales y permanentes; que el Ministerio Público sea el encargado de la persecución penal de los delitos; que el imputado esté imbuido de derechos como sujeto de procedimiento; que el proceso se divida en etapa preparatoria, intermedia y procedimiento principal o juicio; un sistema de libre convicción o sana crítica racional para valorar la prueba, entre otros.

De esta forma, este cuerpo normativo se constituyó en un modelo a seguir para el resto de las provincias, ordenamientos que además de propugnar la idea de juicio oral y público al igual que su par cordobés, fueron caracterizados con el mote de “códigos modernos”.

Ahora bien, no obstante esta ola de reformas, el primer intento de modificación del CPP nacional se llevó a cabo en 1942, por iniciativa de de los diputados José Peco y Carlos Pizarro Crespo, quienes propusieron adoptar el código cordobés antes mencionado.

Sin embargo, esta propuesta junto con otras llevadas a cabo por proyectitas como Jorge Clariá Olmedo, quedaron suspendidas y una vez más se evidenció el enorme poderío que seguía teniendo el código inquisitivo elaborado por Manuel Obarrio. Contradictoriamente, este movimiento reformista sirvió como arquetipo para la regulación de un enjuiciamiento penal

⁵¹ MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo I. Volumen b. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1989.

uniforme para Latinoamérica en el marco de las V Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en Bogotá, en el año 1970.

Recién en el año 1992, el Congreso Nacional decidió aprobar un nuevo código procesal penal y abandonar definitivamente el antiguo código de Obarrio, mas dicho advenimiento resultó una reiteración de ideas inquisitivas, aunque vale aclarar que en ese texto se plasmaron algunos avances, como el reconocimiento del imputado como sujeto de proceso, la instauración del juicio oral y público para todos los casos, la introducción del recurso de casación como método de examen de la sentencia y la suspensión del procedimiento a prueba como sistema alternativo de finalización del proceso.

Por su parte, las provincias de Tucumán (1991), Córdoba (1992) y Buenos Aires (1997) han acompañado esta tendencia reformista.

Finalmente, en los albores del siglo XXI, no puede dejar de señalarse el fallo “Casal, Matías Eugenio” (CSJN, C.1757.XL. 2003), pues allí la Corte ha evidenciado en diversos considerandos algunas prácticas inquisitivas que la justicia penal venía llevando a cabo hasta el momento, no obstante el importante avance que significó la decisión allí adoptada. Prueba de ello está en que, aún cuando la Constitución Nacional establece el derecho a la revisión de una sentencia condenatoria ante un tribunal superior, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal, decidió rechazar el recurso de queja que había sido interpuesto por el imputado por considerar que dicha presentación recursiva estaba fuera de su ámbito de competencia.

Nuestro máximo órgano judicial indicó también que pese a que nuestra Carta Magna establecía un proceso penal acusatorio y con participación popular, la legislación se había apartado de manera desobediente y caprichosa de dicha finalidad. Resaltó asimismo que el modelo casatorio francés que había sido importado por nuestro país, se contradecía firmemente con el diseño liberal de Alberdi y los constituyentes de 1853, ya que respondía al modelo napoleónico que proponía un sistema mixto: inquisitivo en la etapa investigativa y acusatorio en el plenario. Según la Corte, nuestra legislación no sólo respetó dicho sistema sino que además, eligió una variante mucho más inquisitiva y menos pública.

Así, en el considerando 21° manifestó: “Un recurso que sólo habilitase la revisión de las cuestiones de derecho con el objetivo político único o

preponderante de unificar la interpretación de la ley, violaría lo dispuesto en... instrumentos internacionales con vigencia internacional, o sea, que sería violatorio de la Constitución Nacional”.

En síntesis, como lo afirma Héctor Superti: “esa pulseada entre sistema acusatorio, mandato constitucional, y sistema inquisitivo, por raíz histórica, sigue vigente y este último se mantiene presente en la mayoría de los sistemas de enjuiciamientos argentinos, por lo que en pocos regímenes vigentes ha acontecido una verdadera transformación del juicio penal, limitándose los cambios introducidos a simples modificaciones procedimentales”. Concluye este autor: “se verifica de tal manera que la asignatura está pendiente”⁵².

Si bien es posible afirmar que en nuestro país estuvo presente en la agenda gubernamental el cumplimiento de programas constitucionales, el afianzamiento de derechos y garantías individuales y la fijación de pautas para organizar los procesos penales bajo el modelo acusatorio, lo cierto es que aún la jurisprudencia actual sigue evidenciando una cierta mentalidad inquisitiva difícil de eliminar.

Será preciso entonces, como lo anuncia una vez más Superti, “constitucionalizar el proceso” y eliminar por todo concepto la tan arraigada tradición inquisitorial.

⁵² BACIGALUPO, Enrique. SUPERTI, Héctor. *Derecho Penal. Doctrina y legislación*. Tomo VI. Editorial Juris. Rosario, 1998.

5. Conclusión

Naturalmente la idea de castigo, de averiguación de la verdad por medio de pruebas y la pena a imponer como medida de prevención y represión del delito, persisten en la actualidad. Si bien la mentalidad del hombre contemporáneo, en materia jurídica y más precisamente en el ámbito del derecho penal, es mucho más abierta y objetiva, pues ya no perviven con tanto ahínco los dogmas conservadores que la sociedad medieval veneró durante tanto tiempo, lo cierto es que aún continúan imperantes algunos estigmas del otrora sistema inquisitivo. El estudio desde el punto de vista jurídico, filosófico, sociológico, histórico y hasta artístico de esta forma de juzgamiento impide afirmar lo contrario.

Tal como lo afirma Alberto Binder, ha persistido una “mentalidad eminentemente formalista” y “burocrática” en las prácticas judiciales, que permite afirmar la existencia de una “cultura inquisitiva”⁵³, pues en las formas y en las palabras existe un apego desmedido a la ritualización. El anclaje de fórmulas jurídicas en los escritos judiciales y el apego desmedido por todo aquello que se encuentra escrito y registrado demuestran tal teoría. En lo que respecta estrictamente a la instancia recursiva, ocurre que las impugnaciones son interpuestas de manera casi automática, con escasa fundamentación y completamente adornadas de formalismos, lo que ha conllevado a que las instancias superiores tengan como única función controlar los requisitos formales como si se tratase de órganos administrativos.

Otro ejemplo de la persistente burocratización judicial y del aferro al papel lo demuestra la práctica asidua de sustituir la audiencia que se realiza ante el Tribunal de Casación Penal (prevista en el actual artículo 458 del Código de Procedimiento de la Provincia de Buenos Aires), por la entrega de un memorial escrito en virtud de no haberse celebrado dicho acto. Es decir, se

⁵³ BINDER, Alberto M. *Justicia penal y Estado de Derecho*. AD-HOC. S.R.L. Buenos Aires. 1993

prefiere la escritura a la oralidad, la cual se ve enormemente frustrada cuando se arriba a instancias recursivas.

El ámbito secular no permaneció ajeno al modelo burocrático instalado en la inquisición romana, aspecto éste que además puede reflejarse en otros sectores de la vida en sociedad. De esta forma, la “maquinaria burocrática”, como la denomina Cullen Murhpy, termina volviéndose un sistema cerrado, de difícil acceso y control por parte de los ciudadanos. La gran Hanna Arendt reflexionaba al respecto: “Burocracia es la forma de gobierno en que todos son privados de libertad política, del poder de actuar; porque el gobierno de Nadie no es no gobierno, y donde todos carecen de poder se tiene una tiranía sin tirano”.⁵⁴

Diana Cohen Agrest, Doctora en Filosofía y Ensayista, ha escrito un artículo en el diario *La Nación* de nuestro país titulado: *Apelaciones sin fin, la trampa de la impunidad* y ha hecho referencia a la interposición indiscriminada de recursos contra las sentencias, de acuerdo con la garantía a la obtención del doble conforme, principio éste que deriva de una interpretación de la Corte Interamericana del Pacto de San José de Costa Rica.

Explica la escritora que un informe publicado en el año 2014 por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), señaló que América Latina poseía un crecimiento exponencial del delito y que dicho fenómeno no respondía al narcotráfico o a la pobreza. Así, aclara Agrest: “En todos los países donde rige el Estado de Derecho el remedio a la impunidad consiste en limitar, en el marco de la ley, el número de veces en que un condenado puede apelar su condena. Pero en la Argentina, esos límites –que están incorporados en las leyes procesales- son dejados de lado a través de distintos instrumentos jurídicos. Por ejemplo, cada vez con más frecuencia, los tribunales superiores no dictan sentencia definitiva. Revocan la condena, pero no absuelven. Mandan a dictar sentencia de nuevo, que puede ser otra condena, que luego se puede apelar de nuevo. Como si fuera poco, el recurso

⁵⁴ MURPHY (2012). Pág. 225.

extraordinario dejó de ser “extraordinario”⁵⁵. Esta “calesita procesal”, como la denomina la catedrática, evidencia un sistema penal aún deficiente.

Ahora bien, como si fuera poco, no obstante el deterioro que esta problemática produce en nuestro sistema de juzgamiento de delitos que parece estar anclado en una red burocrática imposible de escapar, se suma además la estrategia de los defensores de prolongar los procesos en un sinfín de apelaciones con la inconfesada finalidad de viabilizar una eventual prescripción de la acción penal, capaz de conducir a la impunidad de su defendido. También debe tenerse en cuenta la muy frecuente alegación por estos letrados del “vencimiento del plazo razonable”, como bien lo menciona Agrest en su artículo, puesto que a través de dicha invocación el defensor aprovecha esta disfuncionalidad del sistema de garantías constitucionalmente consagradas para hacer posible la extinción de la acción y por lo tanto, una vez más reina la impunidad del sujeto activo.

Todas estas dificultades por las que atraviesa nuestro sistema procesal demuestran a todas luces que los rasgos inquisitivos lejos están de expirar en el mundo del derecho penal.

La tenaz interposición de recursos por parte del abogado de quienes fueron imputados por administración infiel de los bienes del excelso escritor Manuel Mujica Láinez, desencadenó en la prescripción de la acción penal y, por ende, en un escándalo debido a la pérdida de unos 2500 libros y decenas de objetos de arte pertenecientes al autor de *Bomarzo*, lo cual incluso impidió que el museo ubicado en Córdoba, donde vivió sus últimos lustros, abriera durante varios meses. La pérdida de este patrimonio ha sido imperdonable, como también ha sido imperdonable la falta de castigo para sus negligentes administradores.

En el fallo “Casal” mencionado anteriormente, si bien los magistrados han parecido enrolarse en contra del inquisitismo, también han abierto una vía peligrosa, la de la interposición indiscriminada de recursos contra las sentencias. Si bien es cierto que el imputado tiene la prerrogativa de acceder a

⁵⁵ www.lanacion.com.ar. Opinión. 16/07/2015.

una segunda instancia a los efectos de que se revise la sentencia que se ha dictado en su contra, lo cierto es que la apertura indistinta de una instancia procesal ulterior conlleva a que los procesos se extiendan ilimitadamente, como ocurrió en el caso señalado previamente, y a una continuación de la burocratización judicial que parece no tener fin.

Afortunadamente, y resulta preciso señalar, es posible leer jurisprudencia en la que magistrados provinciales pertenecientes al Tribunal de Casación por ejemplo, hacen distinciones entre el proceso inquisitivo y el acusatorio, encargándose en sus fallos de remarcar la vetustez del primero y la vigorosa vigencia del segundo. Así, la Sala I de ese Tribunal ha señalado: “En el marco de un proceso no inquisitivo, el principio de disponibilidad de los medios de prueba, que actúa a favor de la parte que los ofreció mientras no se hayan producido o agregado al litigio, y también el de adquisición procesal, en cuya virtud la eficacia de las acreditaciones ya producidas, es común a las partes y al juez” (TCP. Sala I. Causa N° 24. Sentencia del 07/09/99).

De igual manera, manifestó la misma Sala: “La declaración prevista en el artículo 308 del Código Procesal Penal no reviste el carácter de "declaración indagatoria", ni puede ser equiparable a tal. En primer lugar, porque el límite de resistencia semántico así lo impone. El legislador nacional estableció definidamente al llamado a prestar "declaración indagatoria" como acto interruptivo de la prescripción, cuando podía hacer referencia genéricamente a la primera declaración del imputado, o bien utilizado la fórmula de "efectuado en la forma que lo establezca la legislación procesal correspondiente" del inciso c), o "o acto procesal equivalente" del inciso d) del artículo 67 del Código Penal. Es claro que cuando el legislador penal quiso hacer referencia a algún acto determinado o su equivalente propio de cada ordenamiento procesal local, así lo hizo. Y además, porque la declaración indagatoria es una institución propia de un sistema inquisitivo, y -en ese sentido- es tomada por un juez. En cambio, la declaración del imputado a tenor del artículo 308 del ceremonial provincial, constituye un acto de defensa en el marco de un proceso de tinte acusatorio, la cual es prestada por ante una de las partes, el representante del Ministerio Público Fiscal” (TCP, Sala I. Causa N° 15479. Sentencia del 20/04/06).

Si bien es posible afirmar que en nuestro país estuvo presente en la agenda gubernamental el cumplimiento de programas constitucionales, el afianzamiento de derechos y garantías individuales, y la fijación de pautas para organizar los procesos penales bajo el modelo acusatorio, lo cierto es que aún la jurisprudencia, no obstante los considerables avances, y el modelo procesal penal actual siguen evidenciando una mentalidad inquisitiva difícil de eliminar. Una mentalidad, que como bien se indicara a lo largo de esta monografía, radica no sólo en la adoración de ciertas fórmulas jurídicas sino también hasta en la formación intelectual de las propias autoridades que conforman el Poder Judicial. El estudio metódico y preciso del derecho penal de quienes componen, por ejemplo, los más altos cargos puede incluso formar profesionales expertos en esa materia, lo cual es provechoso, pero desconocedores de otras ramas del saber que se encuentran íntimamente relacionadas con lo penal y que permiten interrelacionar disciplinas diversas, tener una mirada global del problema delincencial y hasta llevar adelante una labor más apegada a las ideas liberales alberdianas que a las inquisitivas que poseía el Código Obarrio.

Crear que el juez es el gran conocedor de la verdad, como bien lo denunciaba capítulos anteriores Hernando Devis Echandía, e inclusive incurrir en falacias de autoridad en los escritos judiciales al considerar a este funcionario como una deidad, también refleja una mentalidad inquisitiva, pues como bien lo afirmara este autor, se trata de un magistrado que pese a desconocer la verdad absoluta, intentará acercarse con todas las herramientas posibles a la realidad.

Será el gran desafío del derecho penal postmoderno procurar el total desapego por aquellas formas defectuosas de impartir justicia y aprender de los errores del pasado.

Felix qui potuit rerum cognoscere causas

6. Bibliografía

- ACHAVAL, Alfredo. *Medicina Legal. Derechos Civil y Penal. Parte general y Derecho Penal*. La Ley. Buenos Aires. 2009.
- BACIGALUPO, Enrique. SUPERTI, Héctor. *Derecho Penal. Doctrina y legislación*. Tomo VI. Editorial Juris. Rosario, 1998.
- BARATTA, Alessandro. "Criminología crítica y crítica del derecho penal. Introducción a la sociología jurídico-penal". Siglo veintiuno editores Argentina, 2002.
- BARBERO, Natalia. *Análisis dogmático-jurídico de la tortura*. Rubinzal-Culzoni Editores. Santa Fe. 2011.
- BECCARIA, Cesare. *De los delitos y las penas*. Ediciones Orbis S.A. 1984.
- BENTHAM, Jeremías. *El panóptico*. Ed. La Piqueta. Madrid. 1989.
- BENTHAM, Jeremías. *Tratado de las pruebas judiciales*. Volumen I. Ediciones Jurídicas Europa-América. Buenos Aires. 1971.
- BEUCHOT, Mauricio. *Historia de la filosofía medieval*. Fondo de Cultura Económica. México. 2013.
- BINDER, Alberto M. *Justicia penal y Estado de Derecho*. AD-HOC. S.R.L. Buenos Aires. 1993
- BRUHL, Lucien Lévy. *La mentalidad primitiva*. Editorial Lautaro. Argentina. 1945
- CASTELLANOS DE ZUBIRÍA, Susana. *Mujeres perversas de la historia*. Grupo editorial Norma. Bogotá. 2008.
- CHANDELLE, René. *Más allá de las catedrales. Entre un mundo sin fin y los pilares de la tierra*. Ediciones Robinbook. Barcelona. 2008.
- Código Penal de la República Argentina y Leyes Complementarias.(Bs As: J. Lajoune & Ca- Editores, 1938), art. 51.
- DELEPERRIÉ DE BAYAC, Jaques. *Carlomagno*. Aymá S.A. Editora. Barcelona. 1976.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general de la prueba judicial*. Tomo I. Víctor P. de Zavalía-Editor. Buenos Aires. 1976.
- ELBERT, Carlos Alberto. *Manual básico de criminología*. Editorial Eudeba. 1998.

- FEUERBACH, Paul J. A. Ritter von. *Tratado de Derecho Penal común vigente en Alemania*. Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- FOUCAULT, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa Editorial. S.A. Barcelona.
- FOUCAULT, Michel. *Obrar mal, decir la verdad. La función de la confesión en la justicia*. Siglo veintiuno editores. Bs. As. 2014.
- FOUCAULT, Michelle. *La verdad y las formas jurídicas*. Gedisa editorial. Argentina. 2013
- FOSSIER, Robert. *La Edad Media. 1 La formación del mundo medieval 350-950*. Editorial Crítica. Barcelona. 1988.
- GUZMÁN, Nicolás. *La verdad en el proceso penal. Una contribución a la epistemología jurídica*. Editores del Puerto. Buenos Aires. 2006.
- JAUCHEN, Eduardo. *Tratado de la prueba en materia penal*. Rubinzal-Culzoni editores. Santa Fe. 2009.
- LEVAGGI, Abelardo. *La inquisición en Hispanoamérica*. Ediciones Ciudad Argentina. Buenos Aires. 1997.
- MAHIQUES, Carlos A. *La función jurídica de la tortura*. Editorial de la Universidad Católica Argentina. Bs. As. 2003.
- MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal argentino*. Tomo I. Volumen b. Editorial Hammurabi S.R.L. Buenos Aires. 1989.
- MAIER, JULIO B. J. *Derecho procesal penal*. Tomo I. Fundamentos. Editores del Puerto S.R.L. Buenos Aires. 1996 (segunda edición).
- MAIER, Julio B., KAI Ambos y WOISCHNIK, Jan. *Las reformas Procesales Penales en América Latina*. Editorial AD-HOC S.R.L. Buenos Aires. 2000.
- MAYO, Carlos y García Molina Fernando. *El positivismo en la política argentina (1880-1906)*. Centro Editor de América Latina. Buenos Aires. 1968.
- MURPHY, Cullen. *El tribunal de Dios. La inquisición y el mundo moderno*. Océano. México. 2012.
- Pequeño Larousse Ilustrado. París. 1977.
- PERNOUD, REGINE. *A la luz de la Edad Media*. Colección plural. Historia. España. 1983.

- PIRENNE, Henri. *Las ciudades de la Edad Media*. Claridad. Argentina. 2011.
- POSSE, Abel. *La santa locura de los argentinos*. Booket. Buenos Aires. 2000.
- POSSE, Abel. *Noche de lobos*. Planeta. Buenos Aires. 2011.
- Revista del INECIP. Provincia de Buenos Aires. *Política criminal bonaerense*. Buenos Aires. 2005.
- ROMERO, José Luis. *La Edad Media*. Fondo de cultura económica. Argentina. 2001.
- SIMONIN, Camilo. L. *Medicina legal judicial*. Editorial Jims. Barcelona. 1962.
- SZYCHOWSKI, Pablo. *Historia de occidente. Claves políticas y culturales*. Pluma digital ediciones. Buenos Aires. 2015.
- VERDON, Jan. *Las supersticiones en la Edad Media*. Editorial El Ateneo. Buenos Aires. 2009.
- VESCOVI, Enrique. *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1988.
- VILLANI, Pasquale. *La edad contemporánea, 1800-1914*. Ariel. Barcelona. 1996.
- ZIULU, Adolfo Gabino. *Derecho constitucional*. Tomo I. Principios y derechos constitucionales. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1997.
- Fotografías: María Jimena Molina (Agosto, 2013)
- www.lanacion.com.ar
- www.scba.gov.ar
- www.wikipedia.org

