
HISTORIA DEL PENSAMIENTO PROCESAL

RESEÑA

Gabriel Hernán Di Giulio¹

Sumario:

I. Introducción. II. Sistemas procesales. II.A. ATENAS (Y EL ANTIGUO TESTAMENTO). II.B. ROMA. III. La Inquisición Eclesiástica. IV. La inquisición secular. V. Derecho procesal anglosajón. VI. Pensamiento procesal de los siglos XIX y XX. VII. La constitución argentina y la adopción del sistema acusatorio. VIII. Conclusiones

I. INTRODUCCION

En tiempos de estudiante de Derecho es usual que la “historia” y la “naturalidad jurídica” configuren los contenidos de las asignaturas de menor expectativa en el proceso del aprendizaje. Es frecuente que el estudiante universitario de Derecho los considere triviales.

Es comprensible. Al fin y al cabo se ha escogido el estudio de Leyes (en el sentido amplio de la expresión) y estudiar leyes implica aprender los vericuetos técnicos del *deber ser* para posibilitar la comprensión, diagnóstico y pronóstico de situaciones con relevancia jurídica. Este delinear cognitivo y teleológico es plausible porque el estudiante, especialmente el joven estudiante, tiene que querer (y creer) en la construcción del conocimiento sobre el *deber ser*.

La asignatura Procesal participa en medida altamente significativa en lo técnico. En el deber ser. Sus contenidos entronizan la tecnicidad. Un abogado dedicado a su profesión lo sabe y lo vivencia.

Con los años y con mi preparación para la enseñanza (*rectius*: enseñanza-aprendizaje y aprendizaje-enseñanza) comprendí la importancia central, neu-

¹ Abogado. *Especialista* en Magistratura. *Magíster* en Derecho Procesal. *Doctor* en Derecho. Prof. Titular de Derecho Procesal e Investigador de la Facultad de Derecho de la U.N.I.C.EN., coordinador del Instituto de Derecho Penal y Procesal Penal del Colegio de Abogados del Departamento Judicial Azul. Prof. Invitado en la carrera de Posgrado Especialización en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Jurado de Tesis de la carrera de Maestría en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. Consejero Académico de INFOJUS del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Presidencia de la Nación. Contacto: gabriel.digiulio@azul.der.unicen.edu.ar.

rálgica de la “historia” y de la “naturaleza jurídica” en las asignaturas de la carrera de Derecho. En el Derecho Procesal es vital.

El Derecho Procesal no es una asignatura que se defina por su tecnicidad, como parece a primera vista. Es una asignatura fuertemente ideológica, además de técnica. El dominio de la línea ideológica, su columna vertebral, es tan o más esencial que el dominio de su tecnicidad. Porque la tecnicidad no será comprendida en su cabal expresión sino a partir de lo ideológico.

El saber jurídico, el que conforma los elementos estructurales básicos para los abogados, requiere del esfuerzo para afrontar aquellos asuntos aparentemente poco desafiantes. La recompensa es muy valiosa.

Debo reconocer como docente que el estudiante universitario debe partir de un acto de fe. Debe creer en estas palabras al comienzo del itinerario. Luego habrá de descubrir por sí mismo lo esencial y el carácter altamente necesario del contexto histórico y de la naturaleza de las cosas.

No existe otro modo, porque la prueba del acierto de estas proposiciones no existe en el mundo material. Es necesario experimentarlo por sí y para experimentarlo hay que afrontar su conocimiento mediante el aprendizaje.

Se trata de la historia del pensamiento procesal en una expresión extremadamente acotada. No me es posible un desarrollo extenso. Pero creo concienzudamente que la demarcación de hitos nos otorgará la clave para la comprensión de ese pensamiento procesal. Podrá el interesado explorar con mayor profundidad los horizontes de los sucesos indicados u otros. Ese desafío constituye un plus en el aprendizaje, con sus adicionales recompensas.

La historia del pensamiento, como reseña, se centra en el pensamiento, como lo indica su nombre. Un pensamiento hegemónico, multifacético, dinámico y en evolución. Desde lo estrictamente procesal ese pensamiento se ha dividido en dos sistemas contrapuestos: el acusatorio y el inquisitorio (o inquisitivo).

La pregunta que propongo como eje temático, que debe acompañar al estudio, es la siguiente: ¿proceso como instrumento o como garantía?

La pregunta supone que lo uno excluye lo otro. O es instrumento o es garantía. Pero no se trata de su función, sino de su naturaleza. Es decir, el proceso puede tener por función servir de instrumento (cuestión teleológica), pero esto no implica que sea un instrumento (cuestión ontológica).

Insisto entonces con la pregunta para que sea considerada recurrentemente: ¿proceso como instrumento o como garantía?

II. SISTEMAS PROCESALES

II. A. ATENAS (Y EL ANTIGUO TESTAMENTO)

Foucault, a quien sigo en esta primera etapa, procura mostrar en la más antigua literatura griega de la que se tiene registro, cómo era considerado el modo de resolución de conflictos. Digo modo y no método porque éste último supone un desarrollo evolutivo de la humanidad. Los ejemplos que nos acerca Foucault van desde Homero, y el conflicto que presenta la *Iliada* cuando Antíloco y Menelao participan de una carrera de carros. Marca Foucault que a pesar de encontrarse apostado un vigía en un extremo estratégico del recorrido, que Homero denomina “testigo”, que bien podía indicar si Antíloco había cometido una irregularidad, la contienda se decide con el juramento al que somete el adversario que afirma la ilicitud. En otros pasajes, como en el *Combate Singular de Alejandro y Menelao*², los conflictos son decididos con la espada, y de eso se trata en verdad toda la trama.

En un lugar bien diferente aparece luego Sófocles y la historia de Edipo Rey, en el que se erige un sujeto de casta insignificante, un pastor, pero que presentó el asesinato. Su relato será la génesis del testimonio.

Foucault se centra en los aspectos sociológicos en la historia de la resolución de conflictos, en especial desde el problema de la indagación y la verdad, que no fueron característicos de la edad antigua y menos de los tiempos de Aquiles.

Con una mirada antropológica, Alvarado Velloso nos enseña que la humanidad en evolución vivencia una mutación –añado: inconclusa todavía en su expresión global- de la *razón de fuerza* por la *fuerza de la razón*. Explica el excelso maestro que el dato cierto, conocido y cognoscible es el relativo a esa mutación, aunque no se pueda saber con exactitud cuándo ocurrió. Quizás sea el espíritu reflexivo, idealista, del ser humano el que permitió esa sustitución. Sustitución que presupone, debemos inferirlo, un sujeto débil que convence al sujeto fuerte de no luchar, de dialogar. Sólo así, o quizás en el caso de un sujeto fuerte

² Homero, *Iliada*, Canto III, Juramentos. Desde la Muralla. Combate singular de Alejandro y Menelao, números 84 y 86.

que abdica de su fuerza (esto atentaría contra toda consideración biológica, antropológica y psicológica), es posible concebir el cambio tan radical.

Lo importante es ese cambio. El debate o diálogo implica la equiparación de contendientes, que enfrentan argumentos, razones, afirmaciones. En consecuencia, el *modo de imposición* (monólogo) fue suplantado por el *método de resolución* (debate). La humanidad toda debe reconocer el progreso de ese cambio radical.

La prehistoria caracterizó al hombre no solamente por la existencia de “monólogos” sino también por la ausencia de claras pautas jurídicas en su puridad. No obstante, aparecieron los mandatos prohibitivos llamados “tabúes”, que eran imperativos de carácter mágico o místico.

La paulatina conformación social del “*pater familiae*” y el afianzamiento del patriarcado, el determinismo sedentario que relegó al hombre nómada y la aparición de la religión, fueron importantísimos factores de influencia para propiciar, desde lo social, el cambio.

Las influencias de las pautas religiosas se avizoran en la ley de Talión: “*El que hiera de muerte a un hombre será castigado de muerte. El que hiera de muerte a un animal pagará con otro: vida por vida. El que cause alguna lesión a su prójimo, como él lo hizo, así se le hará: fractura por fractura, ojo por ojo, diente por diente; se hará la misma lesión que él ha causado al otro*” (Levítico, 24). En Éxodo, 21, se lee: “Si unos hombres en el curso de una pelea, dan un golpe a una mujer embarazada provocándole un aborto, sin que muera la mujer, serán multados conforme a lo que imponga el marido ante los jueces. Pero si la mujer muere, pagará vida por vida, ojo por ojo, diente por diente, mano por mano, herida por herida, golpe por golpe...”.

El Talión puede considerarse hoy un apotegma poco civilizado, fundamento del ejercicio de la fuerza. Sin embargo existe otra forma de verlo. Y ese otro modo los conducirá al método que propongo en este trabajo, como ejes gnoseológico y pedagógico. Hago un paréntesis, entonces, para referirme al método.

Estoy plenamente convenido que la explicación y comprensión de un acontecimiento pretérito requiere de un esfuerzo del sujeto observador para entronizar el contexto social, político, religioso, científico y las creencias reinantes en los protagonistas para aproximarse a su adecuada captación. Con esto descarto el juicio simplificado, muy propio en este tiempo, de trasladar hacia el presente y

sus circunstancias un acontecimiento extirpado de sus propias circunstancias para describirlo incautamente. Salvo que se propicie este ejercicio de modo deliberado para demostrar, por ejemplo, los cambios ocurridos en la sociedad, o un sector de ésta, esa simplificación no sólo es miope sino que deconstruye el acontecimiento traído.

No se trata entonces de traer un acontecimiento (como objeto) desde el pasado, sino procurar también que el sujeto se esfuerce por visualizar ese acontecimiento desde el mismo pasado. En otras palabras, que el sujeto también cumpla con el salto temporal, pero inverso.

El método, que denomino, histórico introspectivo, es el que caracteriza este ejercicio explicativo.

Vuelvo entonces con el Talión. Frente a una sociedad en ciernes, donde era corriente que al mal infringido por una acción se respondiera con otra acción de mayor envergadura, propia del sentimiento y deseos de venganza, el Talión constituyó un notable progreso para la convivencia social y, al mismo tiempo, fue moralizador al delimitar la venganza de sangre.

Con las reformas de Solón durante la Democracia Ateniense (siglo V. a. C.), se erigió un método de resolución de conflictos cuyas características sobresalientes dieron origen al **sistema acusatorio**.

Los ciudadanos Atenienses (no los esclavos ni los extranjeros) tenían derecho a un juicio, tanto como acusador (podía serlo cualquier ciudadano: acusación popular) o como acusado. A impulso de los particulares, en caso de deducirse una pretensión –siempre entre ciudadanos- se iniciaba un proceso en el que los contrincantes se encontraban en pie de igualdad y la decisión recaía en un tercero configurado por un jurado popular multitudinario (heliea).

Sus características definen el sistema acusatorio: impulso a cargo de las partes, bilateralidad y igualdad de los contrincantes, la escisión de éstos con quienes deben decidir, decisión a cargo de un tercero (ni pretendiente ni resistente), impuesto de imparcialidad, y la publicidad de los actos, basados en la previsibilidad del procedimiento.

II. B. ROMA

Similar al de Atenas, Roma republicana logró superar los métodos de la monarquía (*cognitio*) basados en la actividad del Rey, instaurando el sistema acu-

satorio mediante el procedimiento conocido como *accusatio*, a través de la organización de las “comitia centuriata” y las “questiones perpetuae”. En el procedimiento privado también se avizoraron grandes cambios. La “legis acciones” fue reemplazada por el procedimiento “formulario” (V. Argüello, Luis Rodolfo, Manual de Derecho Romano, 2da. edición corregida, 3ra. reimpresión, Astrea, Buenos Aires, 1987, págs. 491 y sgts.). Alfredo Di Pietro y Angel Enrique Lapieza Elli, sostienen que la aparición del procedimiento formulario obedece en gran medida a la labor jurisdiccional del pretor peregrino creado hacia el 242 a.C., porque él no necesitaba ajustarse al rígido y formalista sistema de las acciones de la ley (autores citados, Manual de Derecho Romano, Depalma, Buenos Aires, 1992, pág. 173). El procedimiento formulario fue indudablemente institucionalizado con la ley Aebutia (130 a.C.). Según Clariá Olmedo, la *accusatio* fue la adopción del sistema acusatorio puro, perfeccionado en comparación con el adoptado por Atenas. Es claro que en el denominado sistema de juzgamiento público, o al menos “no privado”, se ventilaban los delitos de ese carácter (*crimina*), en tanto que los delitos de carácter privado se juzgaban en los procedimientos privados. La *accusatio* era un procedimiento acusatorio previsto para la acusación de hechos que afectaban el interés público, en creciente distinción con el privado. Paralelamente se erigía el procedimiento *formulario* para las contiendas entre particulares y sobre intereses privados.

Me referiré en breve a estos procedimientos, pero antes debo considerar, por razones de temporalidad, los procedimientos arcaicos de la monarquía Romana.

La monarquía romana dio origen a la *crimina* como procedimiento arcaico para el juzgamiento de acusaciones contra el régimen. En el ámbito civil o del derecho de gentes regía un procedimiento estrictamente ritual conocido como *legis acciones* o acciones de la ley.

El pretendiente debía recitar las solmenes palabras predeterminadas para que su reclamo tuviese acogida. El error en la exteriorización de la palabra oral implica la pérdida del derecho reclamado. La ausencia de previsiones que posibilitasen el reclamo en muchos casos, más el extremo rito del método llevó a su sustitución sin contratiempos.

En parte fue responsable un funcionario conocido como *Pretor* quien por el uso comenzó a otorgar a los reclamantes, frente a la ausencia de previsión solemne para recitar, una nueva fórmula que instituía al efecto, posibilitándole el ejercicio de su pretendido derecho.

Nace el *procedimiento formulario* que reemplaza a las acciones de la ley. El reclamante debía acudir al Pretor, Magistrado de la república, a quien le explicaba la pretensión y los hechos. El Pretor podía oír al reclamado y luego decidir si el pretendiente tenía o no derecho a exigir el juzgamiento (no si tenía derecho vulnerado). Se lo explica simplemente como existencia de acción. Si el Pretor así lo consideraba entregaba al pretendiente una fórmula, de allí el nombre del procedimiento, que le permitía acudir a un iudex (Juez), que era un particular, para que decida si tenía o no la razón. Juzgaba un particular: iudex. Pero era necesario que un Magistrado (Pretor) otorgase la fórmula para acceder al juzgamiento.

La llegada del imperio romano daría el golpe de gracia al sistema acusatorio. Se instauró el procedimiento conocido como “*cognitio extra ordinem*”. Desde Diocleciano el procedimiento extraordinario suplantó al formulario, el que se suprimió definitivamente en el año 342, cuando Constancio derogó las fórmulas (V. Argüello, ob. cit., pág. 499). En el procedimiento extraordinario o “cognitorio” predominaba la actividad del juez, funcionario público del iudicium y delegado del emperador, suprimiéndose las dos etapas que caracterizaron las legis acciones y el procedimiento formulario. Argüello enseña “Razones de orden político, como el carácter del régimen imperial, y de orden social, como la desaparición de las antiguas libertades romanas que la República garantizaba a los ciudadanos, favorecieron el advenimiento del nuevo sistema procesal, introducido ya en tiempos del emperador Augusto para determinadas causas... encontró condiciones favorables para su admisión, principalmente en las provincias, por la ventaja que significaba dejar la administración de justicia en manos de representantes del Estado, como eran los gobernadores...” (ob. cit., pág. 532).

Como regla reservado para cuestiones consideradas de interés público y de carácter excepcional, se caracterizaba por la actuación oficiosa. El imperio fusionó al Pretor con el Iudex, en la persona de un Magistrado. La oficiosidad aparejó que el Juez (ahora Magistrado) promoviera e impulsara el procedimiento que finalmente debía decidir (esto se conocerá como identidad entre quien acciona quien resuelve, génesis del Juez de Instrucción). Hay que añadir que la “*cognitio extra ordinem*” no tuvo nada de extraordinaria y suplantó el procedimiento formulario y la *acussatio*, porque era muy efectiva y eficaz para los intereses del imperio.

El método no debía superar la desigualdad, sino acentuarla en beneficio del creciente interés público imperial. Su propia estabilidad, considerando los des-

equilibrios de algunos césares, suponía un mecanismo de corrección en procura de castigar a quienes actuaran infringiendo los intereses de roma y sus provincias. La adopción de la tortura como instrumento de imposición sería un último golpe de gracia para su eficacia.

Es cierto que también se produjeron cambios benéficos, por ejemplo en lo atinente a la organización judicial. Pero debemos a este período el nacimiento del **sistema inquisitorio** (o inquisitivo).

Los tres momentos político-jurídicos de tan importante pueblo determinaron distintas concepciones de dos actividades transcendentales del procedimiento y que como tales dan sustento ideológico al proceso. La *iuris-dictio* (jurisdicción) y la acción.

Con relación a ésta última, primitivamente fue asociada al acto jurídico, entendida con un profundo sentido religioso o místico. Según Guillermo Cabanellas de Torres, la palabra acción proviene del latín “agere” que significa hacer, obrar (ver. aut. cit., Diccionario Jurídico Elemental, Nueva edición actualizada, corregida y aumentada por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Heliasta S.R.L., São Paulo (Brasil), 1993, pág. 16). Sin embargo, Argüello explica que etimológicamente corresponde con el término “actio” que antiguamente equivalía a “actus”. Según este autor, tenía un doble sentido. Por un lado, formal, como acto que abría el procedimiento. Por el otro material, como reclamación de un derecho (ob. cit., pág. 502), es decir, equivalente a la pretensión. El material es el alcance que le otorgaba Celso (Inst. 4,6, pr.; Dig., 44, 7, 51). Con el procedimiento formulario la acción se identificó con la fórmula que otorgaba el pretor al actor, habilitándole el *iudex*.

El imperio fusionó acción y derecho, tanto que sólo reconoció su nacimiento con la vulneración de éste último. Muestra de esa impronta son las propias obras jurídicas que, como las Institutas de Justiniano, tratan de: derechos (Libros I y II), cosas (Libro III, Tít. IX a XIV) y acciones (Libro IV). Explicaremos qué es la acción procesal en las unidades temáticas más avanzadas, a cuya lectura remitimos.

En contraste con el sistema acusatorio, el inquisitivo caracterizaba por el impulso oficioso, la identificación del acusador con el juez (sólo, y en ciertos casos, diferenciados protocolarmente), el secreto de las actuaciones, la amplia potestad

del tribunal y la consideración del sujeto sometido a enjuiciamiento como objeto de prueba.

III. LA INQUISICIÓN ECLESIAÍSTICA

La cosmovisión de europea continental era el semillero propicio de los acontecimientos que estaban por ocurrir. Decimos propicio porque al afianzamiento de la religión se le ensamblaba un profundo movimiento de los estratos de poder. La Iglesia Católica buscaría en dicho escenario la sumisión del poder secular. Además la inesperada crisis de las hegemonías políticas dejó un vasto espacio de ocupación, producto de la fragmentación originada por la llegada del feudalismo, vacío que rápidamente fue cubierto por el creciente catolicismo.

Si bien el derecho canónico se materializa durante los siglos IV y V d.C., será recién hasta el siglo XIII (y fines del XII) cuando la Iglesia Católica impondrá su propio método, originalmente para cuestiones eclesiásticas y por tanto por causa de los pecados, hasta que producirse finalmente su extensión y secularización a las conductas propias del hombre. Pero los pecados no quedaban delimitados al espíritu, sino que alcanzaban conductas terrenales y por supuesto el propio pensamiento.

Al mismo tiempo los acontecimientos del siglo XIII³ magnificaron las diferencias entre el derecho anglosajón y el continental europeo, lo que se apreciará en las líneas que siguen.

La Inquisición eclesiástica fue la respuesta de la Iglesia a las herejías. Tuvo especial gravitación en Francia y España, hasta adquirir nuevos y propios matices en lo que se dio a llamar la “*Inquisición Española*” extendida en la conquista del nuevo continente en su centro y cono sur.

Su instauración respondió a una serie consecutiva de imperativos eclesiásticos. El Concilio de Verona, año 1184, dio formalmente nacimiento a la inquisición medieval.

Pero fue el **Concilio de Letrán, año 1215**, el que acordó la designación de jueces pesquisidores, originando la “*inquisitio haereticae pravitatis*” (inquisición de la perversidad herética). El Concilio de Tolosa, año 1229, estableció los

³ Este hito ha sido remarcado y explicado cabalmente por Adolfo Alvarado Velloso en *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Zeus, Rosario, 2003; igualmente en sus Lecciones de Derecho Procesal, editadas por la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

inquisidores de la fe, configurando un intento de institucionalizar la lucha contra la herejía. se encuentra en la bula “Ad extirpanda”, dictada en 1252 por el Papa Inocencio IV, en la que se adopta, como metodología para la consecución de sus fines a la tortura.

El procedimiento estaba a cargo de un Inquisidor (también confesor) quien pesquisaba y llegado el caso emitía el pronunciamiento que, por derivación divina, correspondía. Quien estaba sometido al “entuerto” no tenía derecho a conocer la atribución “ilícita”, ni las pruebas en que se sustentaba. El apotegma podría ser el siguiente: “si has pecado ante los ojos de Dios, sabrás de que se te acusa”.

Aplicaré el método histórico introspectivo, que me conduce a las siguientes preguntas: ¿Qué sentido tiene en este contexto la defensa?, ¿podemos admitir la defensa contra Dios? No existe la posibilidad de defenderse frente a un ser Todopoderoso, omnicomprendido y omnisciente. El objetivo era redimir a los herejes, convertirlos (o re-convertirlos) al cristianismo, aceptando sus pecados y pagando por ellos (como el paradigmático ejemplo de Galileo-Galilei). En consecuencia, la confesión (reconocimiento de la ilicitud atribuida) era la prueba de las pruebas, el fin imprescindible del procedimiento inquisitorial. Con posterioridad la Inquisición constituyó un instrumento de persecución contra judíos, musulmanes e incluso aborígenes,

Aplicando el método histórico introspectivo intentemos por un instante, sólo por un breve momento, situarnos mentalmente en el Medioevo, considerar que somos fervientes creyentes en Dios y en la Iglesia Católica⁴. Creeremos que Dios está verdaderamente detrás de la Inquisición y que es Él quien nos requiere para la conversión de aquellos que están del lado opuesto (por definición: el demonio). La pregunta en ese es la siguiente ¿cuál es el método que aplicaremos para cumplir con la encomendación de Dios y para salvar las almas de quienes no creen?, ¿si Dios lo manda, aplicamos la tortura?. ¿Es posible discutir o resistir la orden de Dios?. Si creemos en Dios fervientemente y Dios está detrás de la

⁴ A ese fin transcribo el “Credo” (Símbolo de los apóstoles): Creo en Dios, Padre Todopoderoso, Creador del cielo y de la tierra. Creo en Jesucristo, su único Hijo, Nuestro Señor, que fue concebido por obra y gracia del Espíritu Santo, nació de Santa María Virgen, padeció bajo el poder de Poncio Pilato, fue crucificado, muerto y sepultado, descendió a los infiernos, al tercer día resucitó de entre los muertos, subió a los cielos y está sentado a la derecha de Dios, Padre Todopoderoso. Desde allí ha de venir a juzgar a los vivos y a los muertos. Creo en el Espíritu Santo, la santa Iglesia católica, la comunión de los santos, el perdón de los pecados, la resurrección de la carne y la vida eterna. Amén

inquisición, diremos que es por una buena razón, aun cuando podamos infringir un mal menor, terrenal y momentáneo a quien hay que redimir. Es un argumento similar al que empleó Sócrates al referirse al tribunal de justicia y describir su confianza (en rigor desconfianza) a partir de un pleito entre un cocinero (acusador) y médico (acusado) frente a un tribunal integrado por niños. El cocinero acusaba al médico de infringirles a los niños males, brebajes horrendos, dietas y hasta en ocasiones proceder mutilando partes del cuerpo (V. Platón, *Gorgias*, diálogo entre Sócrates y Calicles). Observa Sócrates, más allá de la carencia de defensa real del médico frente al tribunal de niños y la acusación cursada, que su misión no es dar placer sino curar. Se puede trasladar el razonamiento al ejercicio propuesto donde el Inquisidor, pensando en él con benevolencia y buena fe, puede haberse convencido de que su misión era curar (espiritualmente) y salvar (las almas) aun cuando para esto deba infringir alguna especie de daño. Pregunto nuevamente ¿justificaríamos la tortura en el nombre de Dios?

Desde el presente, a partir de nuestra concepción actual de las cosas si mantuviésemos aquella creencia, seríamos fundamentalistas. Pero vale la pena el intento sólo y con el único objetivo de buscar una elemental comprensión del sistema que gestó la propia religión.

El secreto, la tortura, la identidad de acusador e inquisidor, la irrisoria posibilidad de defensa, el desconocimiento de la atribución delictiva y, más adelante, la institucionalización de la delación indiscriminada, interesada y supersticiosa (antecedente más reciente de la denuncia) eran la base del mecanismo de juzgamiento. El fin no era la igualdad, la resolución de conflictos, la idea del hombre desde una perspectiva puramente antropológica, sino la lucha entre Dios y el demonio encarnizada en el ser humano. Servir de instrumento de Dios.

No hemos completado aún el método histórico introspectivo. Porque también es posible no adscribir a la creencia de un Dios que manda convertir herejes. Podemos entender que ese mandato emana del hombre y de la Iglesia misma. Allí entonces la cosa cambia. Si no es Dios, si es la Iglesia y el hombre, ¿justificaríamos la tortura? Si no es Dios, si es la Iglesia y el hombre, admitimos el *instrumento* para convertir herejes.

Nuestra primera y obvia conclusión: Dios justifica lo que la Iglesia no justifica.

Pero así como obvia, es nuestra primera enseñanza en el estudio del pensamiento procesal, que dará origen a lo que denominaré, por simple convención e inventiva, **principio de justificación**. Desde ahora en adelante quien haya leído estas líneas no podrá desentenderse de la implicación que apareja la invocación de valores mayúsculos. Cuando éstos se invoquen –sin discutir por ahora sobre su honestidad y objetividad- más que grandes valores se estarán anticipando, o en la antesala, de la eliminación de los límites para el logro de los fines propuestos. Porque al fin y al cabo los grandes valores o mayúsculos, justifican. Para eso se invocan, para justificar. Proclamar un valor mayúsculo es proclamar que el fin justifica los medios. Cualquier medio que sirve al fin.

Este será nuestro segundo interrogante recurrente y central, que acompañará al primero ya enunciado –¿proceso como instrumento o como garantía?- y es el que sigue: ¿el fin justifica los medios? No se puede comprender Derecho Procesal si no efectuamos recurrentemente estas preguntas.

Como anticipáramos, la inquisición adquirió en España y, en Latinoamérica, matices propios con los Reyes Católicos Fernando e Isabel del siglo XV, dando origen a la “Inquisición Española” que se considera comprendida entre 1478 y 1834. Entre los diversos personajes que marcaron influencias y origen a la nueva inquisición se encuentra Fernando Martínez, un predicar antisemita que en Sevilla (1391) fomentó la violencia contra los judíos.

Aun así, el máximo exponente de la Inquisición Española fue Tomás de Torquemada, dominico y Primer Inquisidor (1482), quien redactó severas instrucciones para los inquisidores y para reglar el cumplimiento de sus funciones.

Los Tribunales del Santo Oficio, que tenían por misión juzgar en nombre de la Inquisición, se constituyeron en Latinoamérica en ciudad de México (México), Cartagena de Indias (Colombia) y Lima (Perú), a ostensibles distancias de nuestra región argentina, situación que limitó su influencia.

El Papa Juan Pablo II en el año 2000 pidió perdón por los actos y hechos de la Inquisición Eclesiástica. Un gesto dignificante por un *hombre excepcional* de la Iglesia Católica y de la humanidad.

IV. LA INQUISICIÓN SECULAR

El mundo secular occidental no estaba extraño a los movimientos religiosos, ni menos al sistema inquisitivo nacido en el imperio romano. Antes de explicar

algunos de estos hechos, quiero volver a la mirada que propone Foucault. Su inteligencia y capacidad son deslumbrantes porque ha logrado hilvanar sucesos en contextos que fracturaron la historia al punto de sustituir modelos o paradigmas en el sentido expuesto por Thomas Kuhn y su matriz disciplinar. Foucault mostró que el enfrentamiento armado o la confrontación personal no buscaba una solución articulada con el hecho histórico (me resisto a emplear la palabra verdad por temor a ser malinterpretado, aunque luego habré de caer en ese tropiezo). La humanidad requirió tiempo para que la búsqueda de los hechos o acontecimiento como base de solución de conflictos fuese un aspecto central. Foucault dirá la búsqueda de la verdad. Ya no se trata del enfrentamiento de fuerzas, de la voluntad de los Dioses o DIOS a través de las pruebas u ordalías. Se trataba de la *indagación*. Indagación que se gesta en la edad media, se fortalece en la edad moderna y varía luego con la humanización. La indagación surge no tanto como resultado del procedimiento judicial sino como su propio devenir. Y esto ocurre como enunciado quasi dogmático, pero materialmente respaldado por los tormentos y los suplicios. Los tormentos eran males o daños físicos infringidos a una persona sometida a procedimiento judicial con el propósito fundamental que confesase, eventualmente se arrepintiese y reunían estas características: a) eran oficiales; b) estaban regulados con precisión, procurando que el sujeto sometido no muera ni pierda el conocimiento para proseguir; c) constituían un fin en sí mismo, un espectáculo, un medio de prevención general. La noción de *infracción* coincidente con un Derecho Penal humanista propiciarán la sustitución de los tormentos y suplicios por una nueva forma, considerada sanción, que resulta consecuencia del procedimiento, no ya de su desenvolvimiento, conocida como la pena (en especial la pena privativa de libertad).

Regreso con la explicación de algunos hechos característicos del sistema inquisitivo secular.

El derecho germano, primitivamente de raigambre místico con las *ordalías*, asumir luego la implementación de jurados, dejando en manos exclusivamente privadas las instancias tendientes a la resolución de los conflictos, durante la modernidad recibió tanta influencia del derecho romano canónico –de empleo contrarrevolucionario de la fracción de Martín Lutero- que en 1532 –sólo dos años después de la redacción de la Confesión de Augsburgo, por Melanchton- se

dictó la *Constitutio Criminalis* (“Carolina”) incorporando el sistema inquisitivo de extrema imposición como medio de enjuiciamiento.

En Francia, la Ordenanza 1539 adoptó el sistema inquisitivo, siguiendo la “Carolina”, afianzando su antecesora Ordenanza Francesa de 1498.

En España, en contrapunto a las Siete Partidas de Alfonso X –XIII-, caracterizada por la receptación de sistema inquisitivo muy atenuado (la Partida III es de carácter procesal), el Ordenamiento de Alcalá y la legislación procesal de gran parte del siglo XIX se nutrieron del mejor y “exquisito” inquisitismo.

Debe agregarse el Reglamento Giuseppino de 1781 que fue calificado por el procesalista Italiano Franco Cipriani⁵ como monumento al despotismo ilustrado del siglo XVIII, ya que otorgaba poderes absolutos del juez, en un sistema escrito basado en el sistema de pruebas legales.

Como contrapunto de se debe enunciar el humanismo demostrado en la obra de César Bonesana –el Marqués de Beccaria- en su Tratado de los Delitos y de las Penas, las influyentes ideas de Montesquieu, Rousseau, Locke y, definitivamente, la revolución Francesa. Francia fue el cambio de filosofía (de hombre-medio a hombre fin: libre y tratado como igual), la transformación jurídica del creacionismo judicial, casi propicio para la escuela de derecho libre, a la escuela de la exégesis. La Ordenanza de 1791 iba en ese camino. Sin embargo, las influencias de la Revolución y de la Declaración Universal sobre Derechos del Hombre tendrían, a su vez, su propio contrapunto: Napoleón. El Código de Napoleón de 1808 suprimió el jurado de acusación instaurado por la Ordenanza de 1791, aunque previó la Corte de Assises (compuesta por legos y técnicos). La característica sobresaliente del Código Napoleón fue el intento de fusión del sistema inquisitivo con el sistema acusatorio. La investigación debía estar imbuida del inquisitivo (su secreto, las amplias potestades del investigador, etc.), mientras que el juicio propiamente dicho habría de ser acusatorio. La mistura fue bautizada con el nombre de *sistema mixto*.

Las leyes españolas de 1855 (de la mano de Pedro Gómez de la Serna) fueron proclives a lo acusatorio, pero sin llegar a concretarlo. Según explicó Hugo Alsina esa legislación fue seguida por el Código Procesal Civil y Comercial de la Na-

⁵ Cipriani, Franco, En el Centenario del Reglamento de Klein, El proceso civil entre libertad y autoridad, Traducción: Adolfo Alvarado Velloso, Academia De Derecho y de Altos Estudios Judiciales, Biblioteca Derecho Procesal Garantista, Ideología de la Función Judicial, www.academiadederecho.com

ción Argentina de 1880, transcribiéndose 392 de los 810 artículos. Su lema era “*quod non est in actis non est in mundo*”.

La ley de 1855 tomó ideas de la Instrucción del Marqués de Gerona ampliándola a extremos impensables. La Ley española de 1881 incorporó la publicidad de los actos.

V. DERECHO PROCESAL ANGLOSAJÓN

Decíamos unos párrafos atrás que el siglo XIII demarcó las diferencias entre el derecho procesal continental europeo con el derecho procesal insular europeo o anglosajón. Paradójicamente al Concilio de Letrán, en **1215 se dicta la Carta Magna, como consecuencia de los barones al Rey Juan Sin Tierra**. Los principios allí reconocidos eran ya patrimonio de los barones y burguesía ingleses, contrastando con la propuesta del sistema inquisitivo, de modo tal que ni la posibilidad de juzgamiento por sus pares, la imparcialidad de quien tenía en manos la decisión y la igualdad de instancias eran (ni son) posibles en el procedimiento inquisitivo (en especial las cláusulas 38⁶ y 39⁷ de la Carta Magna).

Por otra parte, como lo ha advertido Adolfo Alvarado Velloso, los problemas de Enrique VIII con la Iglesia Católica en el siglo XVI, por habersele negado la nulidad del matrimonio celebrado con Catalina de Aragón, impidieron decididamente que la Inquisición Eclesiástica o la española, accedieran a Inglaterra. Enrique VIII había solicitado al Papá de la Iglesia Católica Apostólica Romana decrete la nulidad de su matrimonio con Catalina de Aragón, sobre el argumento de no engendrar hijos varones, quienes no sobrevivían la gestación. La historia da cuenta de su intención de contraer enlace con Ana Bolena. La negativa del Papa produce la ira del Rey de Inglaterra quien rompe su vínculo con la Iglesia y decide fundar la Iglesia de Inglaterra: la Iglesia Anglicana.

El sistema de enjuiciamiento inglés es acusatorio y ha resistido diferentes embates culturales, económicos y políticos, manteniéndose a lo largo de los siglos sin que ello signifique, de ninguna manera, que Inglaterra se caracteriza por impunidad o ineficiencia. El Hábeas Corpus Act de 1679 constituye la expresión más clara y significativa de un proceso judicial como *garantía*.

⁶ “38. No bailiff for the future shall, upon his own unsupported complaint, put anyone to his "law", without credible witnesses brought for this purposes”.

⁷ “39. No freemen shall be taken or imprisoned or disseised or exiled or in any way destroyed, nor will we go upon him nor send upon him, except by the lawful judgment of his peers or by the law of the land”.

El mismo sistema acusatorio se trasladó a territorio de los actuales Estados Unidos y permaneció junto a los colonos, reforzado por los principios rectores de la revolución norteamericana y la Constitución de 1787 (especialmente sus V y XIV enmiendas). El *due process of law* constituye un concepto usual de esta asignatura que se conoce como *debido proceso legal* o simplemente *debido proceso*. Explicaremos en las lecciones más avanzadas que el *debido proceso* es ni más ni menos que *proceso*.

VI. PENSAMIENTO PROCESAL DE LOS SIGLOS XIX Y XX

Los movimientos políticos de fines del XIX y del siglo XX, y los fundamentalismos occidentales hicieron estragos en el arquetipo acusatorio. El proceso fue declamado como instituto de bienestar. También se propició su publicización (expresión del procesalista Español *Montero Aroca*)⁸.

Aquellas ideas, que se gestaron con el Reglamento de Klein y la Ordenanza Procesal Alemana de 1877, presuponían de algún modo que proceso era un mal que afectaba la economía y por consiguiente debí quedar imbuido en el marco de competencias públicas. El Reglamento de Klein de 1895 se define sobre la actividad judicial: el juez administra y dirige con sumos poderes. Al decir de Alcalá-Zamora y Castillo el juez espectador pasaba a ser director. Diremos ¿dictador?

Los movimientos populistas del siglo XX consideraron al proceso como un fenómeno social de masas.

El Código Italiano de 1940 (período fascista de Benito Mussolini) consideraba al proceso como socialización de la justicia, para lo cual se amparaba en la oralidad y los mayores poderes al juez. Como el proceso parte de la socialización de la justicia el juez asume carácter activo y asistencial.

La Ordenanza Alemana de 1937 (período gestacional del nazismo de Adolf Hitler) sigue el Reglamento de Klein y sus fines no difieren en mucho de la *cognitio extra ordinem* del imperio romano.

La Ley de Procedimiento Civil Soviética de 1979 concebía el proceso como parte del sistema económico y de propiedad socialista.

⁸ Ob. cit. nota 204.

Vemos cómo, parte del siglo XX deconstruyó la idea de proceso erigida sobre el sistema acusatorio, y cómo la ideología política procuró su apropiación. Debemos señalar que nuestro país fue receptivo a las ideas y movimiento fascista y nazista durante la mitad del siglo XX. Paradójicamente, tuvo la virtud de recibir a muchos exiliados, entre estos juristas europeos que posibilitaron, en algunos casos mediante la traducción al castellano de obras de autores Italianos, Alemanes y Franceses, que nuestros tribunales se nutrieran de aquellas ideas. Un claro ejemplo fue la editorial EJEA (Ediciones Jurídicas Europea- Americana).

VII. LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Y LA ADOPCIÓN DEL SISTEMA ACUSATORIO

¿Qué sistema es el que adoptó nuestro régimen jurídico a partir de la sanción de la Constitución Nacional? Sin dudas: **el sistema acusatorio**.

El primer elemento esencial para dilucidar las bases del sistema de enjuiciamiento es la exigencia constitucional de un *estado de derecho* basado en el régimen *republicano* y en la *división de poderes*, donde el poder judicial debe ser independiente del ejecutivo y legislativo, dando base a la exigencia de las tres características inherentes de quien tendrá en sus manos la decisión: la independencia propiamente dicha, la imparcialidad y la imparcialidad (arts. 1, 5, 22, 29, 44 y sgts., 87 y sgts., 108 y sgts.).

La división de poderes es trascendental como pauta de interpretación y aplicación del sistema judicial todo. El órgano ejecutivo es el único de los tres poderes que no puede ejercer funciones judiciales (arts. 23 y 109 C.N.), prohibición que responde contra los hechos históricos de totalitarismos y suma de poder público, cuyo ejemplo más reciente y cercano fue el de Juan Manuel Rosas⁹ (arts. 29 y 36 CN).

La Constitución Nacional proclama que el fin no justifica los medios. A saber: a) excluye de la autoridad de los Magistrados la libertad de conciencia y pensamiento (libertades absolutas) tal como lo dispone el art. 19 CN; b) prohíbe para siempre “toda clase de tormentos y los azotes” (art. 18 CN); c) garantizar que nadie será obligado a declarar contra sí mismo (art. 18 CN); d) declara la igualdad de las personas (art. 16 CN); e) prohibición de confiscación de bienes (art. 17 CN); f) declama el estado de inocencia a partir del *nulla poena sine iudicio*

⁹ Bautizado como Juan Manuel José Domingo Ortiz de Rozas y López de Osornio.

(art. 18 CN); g) determina un vasto mundo de garantías constitucionales específicas como la del “juez natural”, la “inviolabilidad de la defensa en juicio de la persona y de los derechos”, “la inviolabilidad de la propiedad y papeles privados salvo orden de juez”, etc. (art. 18 CN).

A todo lo expuesto se añade la previsión constitucional del “juicio por jurados” (actuales artículos 24, 75 inc. 12 y 118), prospectiva que excluye el sistema inquisitivo.

Finalmente, la incorporación con jerarquía constitucional mediante la cláusula contenida en el art. 75 inc. 22 CN de diversos Tratados y Convenios Internacionales que reafirman los principios, garantías y derechos indicados, como la *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*; la *Declaración Universal de Derechos Humanos*; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*; el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo*; la *Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio*; la *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial*; la *Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer*; la *Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes*; la *Convención sobre los Derechos del Niño*.

Los antecedentes de la Constitución Nacional son muy relevantes para respaldar su ideología en materia procesal. Así, podemos citar como antecedentes el Decreto sobre seguridad individual del 23 de noviembre de 1811 establecía: “art. 1. *Ningún ciudadano puede ser penado, ni expatriado sin que preceda forma de proceso y sentencia legal*”. El proyecto de Constitución formulado por comisión especial nombrada en 1812 estipulaba: “art. 28. *Queda abolido el tormento, la confiscación de bienes...*”. El proyecto de Constitución para las Provincias Unidas de la América del Sud de 1813, rezaba: “art. 50. *En los procesos criminales gozará el reo del derecho de ser juzgado pronta y públicamente por un juez imparcial de la provincia, o distrito en que el crimen se haya cometido... de ser instruido de la naturaleza de la causa... careado con los testigos que depongan contra él, y por último de obtener órdenes compulsorias para que comparezcan testigos a su favor, y asista un abogado para su defensa*”. La Ley del 21 de mayo de 1813 de la Asamblea General Constituyente ordena la prohibición del uso (detestable) de los tormentos “*adoptados por una tirana*

legislación para el esclarecimiento de la verdad e investigación de los crímenes; en cuya virtud serán inutilizados en la plaza mayor por mano del verdugo, antes del feliz día 25 de mayo, los instrumentos destinados a ese efecto”.

La realidad constitucional se daba por cruces con las fuentes que sustentaron la legislación infraconstitucional. Y ese divorcio fue (y es en gran medida aún) producto de una distorsión entre el paradigma de *Estado* y el ejercicio del poder en su aspecto sociológico. Entre un proceso como garantía (modelo Constitucional) o como instrumento (modelo de muchas de nuestras leyes procesales).

VIII. CONCLUSIONES

La brevísima síntesis procura adentrar al lector, y en particular al estudiante universitario, a la reflexión sobre los aspectos ideológicos del Derecho Procesal, su relación con el régimen político imperante y las mayores o menores libertades de las personas. Impone algunas preguntas y en cierto modo el hábito de llevarlas a cuestras, con atención, con crítica y con responsabilidad.

Formuladas las preguntas y aportados los elementos básicos para iniciar el camino del pensamiento, que habrá de construirse permanentemente como propio, la responsabilidad queda en cabeza de cada uno.

Como punto de partida, es un buen comienzo.