

UNIVERSIDAD DE CHILE

UNIVERSIDAD DE VALLADOLID

Número 1

Año 2001

**ANUARIO IBEROAMERICANO DE HISTORIA DEL
DERECHO
E HISTORIA CONTEMPORÁNEA**

LA CRÍTICA LIBERAL A LA JUDICATURA DEL CRIMEN: ESPAÑA 1810-1812

Eric Eduardo Palma González

La reflexión histórica sobre el proceso penal que ha regido en España y en Chile en los tres últimos siglos carece de una significativa relevancia si se limita a una mera enunciación de los cuerpos legales que han regido en los siglos XIX y XX. Consciente del reduccionismo que implica esta perspectiva mi propósito en este trabajo¹ es desarrollar la cuestión en términos de comprensión del fenómeno histórico-jurídico más que de historia de la legislación. Esta comprensión sólo es posible en una perspectiva histórico-jurídica polifacética², es decir, desde un punto de vista que se ocupa de las relaciones entre la sociedad y lo normativo jurídico: el Derecho es un producto social, incluso su dinámica interna está vinculada a la organización socioeconómica y política de la sociedad que lo creó y a la que aspira a regir.

EL PROCESO PENAL COMO INSTRUMENTO DE CONTROL SOCIAL EN LOS SIGLOS XV-XVIII

La comprensión que tenemos hoy día del proceso penal es eminentemente histórica, es decir, no se puede pregonar respecto de todo procedimiento penal en la historia del Derecho. Nosotros nos desenvolvemos en un medio jurídico inspirado en el ideario de la revolución burguesa de fines del siglo XVIII, más específicamente, nuestras ideas son fruto de la modernidad ilustrada. Muy pocas de las expresiones jurídicas que acostumbramos manejar hoy por hoy coinciden en sus significados con las de los siglos XV al XVIII. Sin embargo, estamos obligados a conocer esta

1 Este artículo es la primera parte de una investigación que estoy desarrollando acerca del proceso penal español y chileno en los siglos XIX y XX. Se trata de conclusiones que espero enriquecer con los resultados de mis investigaciones respecto del período 1812-1980.

2 Véase para este aspecto mi artículo "Reflexiones en torno a una concepción polifacética para una historia del Derecho de los siglos XIX y XX", Revista *Ius et Praxis*, año 3, número 2, 1998, págs. 325-350.

realidad histórica inmediata si queremos comprender la regulación del proceso penal en las primeras constituciones: en una medida importante el Derecho Constitucional se legitimó en el medio social decimonónico con su propuesta de transformación del antiguo proceso penal. La reforma en el caso chileno implicó modificar la legislación española vigente desde el siglo XVI.

La sociedad española así como la indiana en el período que va desde el siglo XV al XVIII se caracteriza desde el punto de vista político por su Absolutismo. El Estado español surge por la fusión de Castilla y Aragón en el siglo XV bajo una concepción autoritaria, es decir, opuesta a la doctrina pactista³. El poder real procura consolidarse como superior, más no opuesto, al de los estamentos privilegiados y como desligado del Derecho. La concepción patrimonial del poder entiende que el rey es dueño de estados y de vasallos, concentra en su persona la totalidad de la autoridad, decide no sólo sobre los asuntos públicos sino también respecto de las cuestiones de la vida privada de sus súbditos ya sean intelectuales o morales⁴.

No tiene frente a sí el rey a sujetos individuales titulares de derechos. Son los entes colectivos (gremios, corporaciones), los estamentos, los que han obtenido del monarca ciertos beneficios (*iura, libertates, privilegia, iurisdictiones, potestates, etc.*)⁵. Sin embargo, de nada sirven estos privilegios ante la invocación por el rey de la poderosa razón de Estado. Como señala García de Enterría: “*Quebrantar el Derecho Común, justificar las exorbitancias, las derogaciones a las Leyes establecidas, todo sobre la base de una superioridad sustantiva del Rey, como comisionado de Dios para el gobierno humano, tal es el contenido de este nuevo Derecho. No se describen propiamente relaciones jurídicas, dada la posición supraordenada del Príncipe y supuesta la regla princeps legibus solutus est, que le exime del imperio de las Leyes*”⁶.

La sociedad hispana absolutista se caracteriza desde el punto de vista socioeconómico por su articulación jerárquica en estamentos. El clero y la nobleza gozaban de los beneficios de la jerarquía (privilegios) porque ello era necesario, según la concepción de la época, para cumplir con los fines permanentes que la sociedad debía alcanzar. La existencia de estos

3 Entre los siglos XIII al XV la doctrina pactista se enfrentó a la concepción autoritaria de la Monarquía. Según Alfonso García-Gallo (*El origen y la evolución del Derecho. Manual de Historia del Derecho Español I*, s.e., 1982, págs. 745 y ss.) la doctrina pactista sostiene que el poder político lo entrega el pueblo al rey para que éste lo ejerza. El rey es por lo tanto un administrador del reino que tiene obligaciones con la Comunidad. En el siglo XVI se afirmó por Soto, Molina, Suarez, Mariana, etc., que el poder y la sociedad son creados por Dios. Suarez sostuvo que el rey no recibe el poder directamente de Dios sino a través de la comunidad.

4 Claude Morange, “Las estructuras de poder en el tránsito del Antiguo al nuevo Régimen”, en la ob. colec. *España y América entre la Ilustración y el Liberalismo*, editores, Joseph Pérez, Armando Alberola, Alicante, 1993, págs. 29-56.

5 Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza Editorial S.A., Madrid, 1994.

6 Eduardo García de Enterría, *La lengua de los derechos...* ob. cit., pág. 98-99.

estamentos implicaba la promoción de la desigualdad: había una mayoría de personas, los labradores, que carecían por su condición de indignidad de privilegios.

La nobleza y el clero amparaban el conjunto de sus prerrogativas con su poder económico: el dominio monopólico de la tierra, garantizado jurídicamente por la amortización y el mayorazgo, el goce de sus rentas, daba a estos estamentos un poder significativo respecto de los campesinos⁷.

La organización socioeconómica absolutista también se caracterizaba por la presencia de esclavos.

Desde el punto de vista cultural la sociedad del período es intolerante respecto de la disidencia religiosa y filosófica. La religión católica sirve de fundamento al Estado español teocrático, la Monarquía lo es de Derecho Divino.

Esta organización política, socioeconómica y cultural construyó un Derecho que respondía a sus fundamentos materiales.

Francisco Tomás y Valiente, María Paz Alonso Romero, han demostrado para el caso del procedimiento penal en España⁸ que el proceso penal sirvió durante el período de la Monarquía Absoluta principalmente como un instrumento de control social. El proceso penal servía para la averiguación de los delitos pero principalmente como elemento de estigmatización social.

La Corona procuraba el control social a través de la judicatura, entidad representativa del monarca. El juez era un *alter ego* del rey y en tanto tal estaba

7 Como señala Francisco Tomás y Valiente en su **Manual de Historia del Derecho Español**, editorial Tecnos, 4ª. Edic., 5ª. Reimpresión, 1992, pág. 169; los privilegios varían según la época y el espacio físico pero es posible identificar varios de ellos. Nobles y clérigos gozan de exenciones y ventajas fiscales y militares. Hay una jurisdicción eclesiástica. Los nobles gozan de privilegios en materia procesal, como el de no ser sometidos a tormento y de que determinados delitos sean conocidos por tribunales especiales. Algunas penas, como las de azotes, galeras y la de salir a vergüenza pública, no les son aplicables por infamantes. Tampoco les era aplicable la prisión por deudas; las penas por un mismo delito eran menores tratándose de nobles que de villanos. Hay oficios reservados para la nobleza.

En todo caso hay que rescatar el caso de Cortes que se pudo manifestar allí donde no hubo jurisdicción señorial: *Assiste el privilegio de intentar el caso de Cortes á los pobres, y miserables, que litigan con personas poderosas, de quien por serlo no pueden, ni esperan alcanzar justicia según una ley de Partida y otra de Recopilacion (ley 5., tit.3.ley 5.tit.13.lib.4). El mismo privilegio tiene el menor de veinte y cinco años, huerfano de padre... Y le tiene tambien la viuda, ó muger honesta, aunque no aya sido casada, y la que tiene el marido cautivo, pobre, ó inutil, desterrado o en galeras y el privilegio de viudas, menores, huerfanos, y personas miserables, gozan del para los casos de Corte, ó sean actores, o reos, assi se practica, y la distincion comun es, que estos no gozan de este privilegio litigando unos con otros, ni en los casos que litigando con otro, que no sea privilegiado, contesto, y se allanó en el fuero ordinario sin protestar el privilegio* (Gerónimo Fernández de Herrera Villaroel, **Práctica Criminal y Instrucción de substanciar las causas**, Imprenta de Juan de Ariztia, Madrid, 1719, pág. 121. Conservamos la ortografía en éste así como en todos los textos del siglo XVIII). El autor es escribano de la Sala de Casa y Cortes y la primera edición de su obra es del año 1671.

8 Francisco Tomás y Valiente, **El Derecho Penal en la Monarquía Absoluta (siglos XVI-XVII-XVIII)**, editorial Tecnos, Madrid, 1969; **Manual de Historia del Derecho...**, ob. cit.

María Paz Alonso Romero, **El Proceso Penal en Castilla (siglos XIII-XVIII)**, Universidad de Salamanca, 1982.

dotado del imperio necesario para disponer de la persona, vida y bienes de los súbditos y a favor de la mantención del orden socioeconómico aristocrático.

El procedimiento penal daba al juez todas las prerrogativas para establecer la responsabilidad del inculpado. No existían garantías para el delincuente. No existía en el proceso el derecho a la presunción de inocencia; el proceso se llevaba adelante en su mayor parte bajo el más estricto secreto; el delincuente desconocía las pruebas que fundaban la actuación inicial del juez; su persona podía ser objeto de torturas (salvo si gozaba del privilegio de no ser sometido a apremios físicos), para obtener su confesión de participación en la comisión del delito.

1.1.- Control social y proceso inquisitorial.

El proceso incoado por la Inquisición constituye un buen ejemplo de la utilización del proceso penal como instrumento de control⁹.

El juicio inquisitorial puede iniciarse por delación o por la existencia de meros indicios acerca de la comisión de un delito, indicios que permiten decretar el arresto del delincuente. Se entiende que son *indicios suficientes los que vea el prudente arbitrio del juez*¹⁰, y aunque se señala que éste debe atender a las leyes y cánones, es claro que la regulación legal o canónica sólo contemplaba mayores exigencias tratándose de personas privilegiadas.

El sistema judicial funcionaba con un conjunto de informantes, los familiares, que operaban fundamentalmente como delatores (su delación se guardaba en secreto).

Abierto el proceso se encarcelaba al reo sin indicarle el motivo de su prisión y se procedía al secuestro de sus bienes. Para el encarcelamiento se contaba tanto con cárceles públicas como secretas. Una vez encarcelado se le interrogaba acerca de por qué estaba detenido sin formular cargo alguno y se le exhortaba a confesar sus pecados (*monición*). Se podía decretar su incomunicación. Luego de los interrogatorios, que solían ser muy separados en el tiempo, el fiscal acusaba y presentaba las pruebas y pedía su ratificación manteniendo en todo caso en secreto los nombres de los testigos. Terminada esta etapa el reo podía nombrar un defensor de entre una lista de abogados confeccionada por la propia Inquisición. Sin embargo toda posibilidad de defensa cedía ante el principio *in dubio pro fidei*¹¹. Recibida la causa a prueba se ratificaba a los testigos, los que podían ser

⁹ Enrique Gacto Fernández ed., *El Centinela de la Fe*, Universidad de Sevilla, 1997.

¹⁰ Manuel Torres Aguilar, "El delito de Bigamia: Estudio general y especial. Perspectiva en el tribunal de la inquisición de Sevilla en el siglo XVIII", en *El Centinela de la Fe*, ob. cit., págs. 173-232, pág. 217.

¹¹ El Abogado no podía mantener reuniones a solas con el reo, ni tampoco tomar conocimiento pleno de las actuaciones del proceso. Su papel se entendía como una actuación más destinada a obtener la confesión y arrepentimiento del reo.

sometidos a tortura si negaban sus dichos, y se le daba a conocer las declaraciones al acusado, sin identificarlo. Éste por su parte podía presentar también prueba testimonial a su favor. Podía decidirse la tortura o tormento del reo (incluso si se trataba de un noble) para obtener la verdad. Se dictaba luego la sentencia en cuyo otorgamiento intervenía también el inquisidor que había llevado adelante la investigación y la acumulación de pruebas contra el reo¹². La sentencia condenatoria podía fundarse en el mero testimonio de una persona respaldado por indicios que motivaran la convicción del inquisidor. No se requería para condenar una prueba fehaciente de la acusación pues también se podía condenar por sospecha. La sentencia por regla general no era apelable, aunque sí era susceptible de recurso de suplicación, del que conocía el propio tribunal que dictó el primer fallo (como ocurría en el tribunal de Lima), y en este caso podía modificarse el fallo en perjuicio del reo. No tenía lugar la dictación de sentencia absolutoria, sino, como señala Millar en la obra citada, la absolución de la instancia: ante los ojos de la Inquisición su acción tenía siempre fundamento. Las penas estaban señaladas a los diversos delitos (bigamia, brujería, solicitud, etc.) pero se admitía el arbitrio del juez y en atención a las características personales del reo. La sentencia contemplaba la pérdida de la totalidad o de la mitad de los bienes según si el condenado tenía o no familia. Tratándose de delitos graves tenía lugar a propósito del cumplimiento de la sentencia el tristemente célebre auto de fe¹³.

La Monarquía Absoluta española utilizó a la Inquisición como su principal instrumento de control social y la fuerza de esta institución radicaba precisamente en el procedimiento que empleaba para la persecución de los delincuentes¹⁴. De la Inquisición se ha dicho que tuvo un compromiso político permanente con la Monarquía Absoluta española y que este compromiso determinó su evolución político-institucional¹⁵.

12 René Millar, **Inquisición y Sociedad en el Virreinato Peruano**, Ediciones U. Católica de Chile, Santiago, 1996, págs. 41 y ss.

13 El procedimiento descrito podía variar dependiendo del estilo o práctica del tribunal, variación que en todo caso no importaba una mayor protección del reo dado el propósito asignado al proceso. Así queda claramente de manifiesto en los estudios de los distintos tribunales.

14 Arthur Stanley Turberville sostiene la tesis de que los Reyes Católicos revitalizaron la Inquisición en España para contar en el terreno eclesiástico con una institución semejante en su eficacia a la Santa Hermandad, la cual mediante unos métodos sumarios y despiadados, contenía la anarquía y castigaba los delitos que los tribunales ordinarios no habían sabido reprimir. *¿Que fue el establecimiento de la Inquisición si no la aplicación a la esfera eclesiástica del mismo sistema? Los tribunales episcopales ordinarios no habían sido capaces de hacer respetar las leyes y de mantener el orden, ni de preservar a la fe de la anarquía doctrinal; por consiguiente, debían complementarse con tribunales dotados de un procedimiento más eficaz y que aplicasen medidas más drásticas (La Inquisición Española*, editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1ª Edición 1948, reimpr. 1981, pág. 28).

15 Jaime Contreras, "Los modelos regionales de la inquisición española: consideraciones metodológicas", en **Problemas Actuales de la Historia**, Ediciones Universidad de Salamanca, editores José Sánchez Nistal, Massimo Montanari, Salamanca, 1993.

El proceso penal inquisitorial estaba llamado a eliminar toda actitud de disidencia respecto del planteamiento oficial de la Monarquía en el terreno religioso¹⁶ y político¹⁷. Desde el siglo XV la Corona consideró a la herejía como un peligroso elemento de disolución de la organización monárquica. Por ello el Tribunal constituyó un ente político-administrativo más de la organización monárquica, aunque no perdió su originaria naturaleza eclesiástica.

El proceso penal inquisitorial no fue sin embargo el único ni el que se aplicó en nuestro país de modo genérico. La regulación de las Siete Partidas, específicamente la regulación de la Partida Séptima así como las normas de la Recopilación y la Novísima Recopilación fueron los cuerpos principales. A esta normativa hay que agregar el estilo o práctica judicial que resultaba de la interpretación de las normas por un tribunal.

1.2.- El proceso penal en España en el siglo XVIII

No podemos perder de vista al reflexionar sobre el proceso penal en el siglo XVIII el tipo de Estado en el cual se desarrolló la actividad procesal que estudiamos. Desde el punto de vista jurídico-político el Estado español era un Estado de Policía, es decir, un Estado en el que no se reconocen los derechos individuales como límites al poder real y en el que no existen reglas jurídicas estables que limiten al poder del monarca y otorguen seguridad jurídica¹⁸.

Para llegar a conclusiones lo más aproximadas posibles acerca de cómo fue el orden jurídico procesal penal del siglo XVIII en España, más importante que el estudio de la normativa procesal, que en último término

¹⁶ Benjamín Vicuña Mackenna en su opúsculo **Francisco Moyén o lo que fue la Inquisición en América**, Imprenta del Mercurio, Valparaíso, 1868; nos relata el caso de Francisco Moyén, un francés que fue perseguido por la Inquisición de Lima por sus ideas religiosas. El proceso que se le siguió a partir del año 1749 duró 12 años, período durante el cual se le mantuvo en la cárcel engrillado y aislado. Tan sólo un año después de su detención se estableció el cuerpo del delito, es decir, se fijaron las proposiciones heréticas formuladas por el detenido. En 1752 el fiscal pidió la confiscación de sus bienes, recomendó se le atormentara y que se le aplicara la pena de muerte (se le relajara) por sus herejías; entre otras, que a Dios no se le debía de temer pues no era capaz de enojarse; que el Sumo Pontífice haría cualquier cosa por la plata; que la mula era criatura de Dios, etc. Se le designó un abogado y la publicación de probanzas se prolongó por espacio de tres años (no se le permitió conocer los nombres de los testigos). Veinte meses después de terminada la publicación el abogado de oficio presentó la defensa. Finalmente el 18 de febrero de 1761 se dictó sentencia la que no lo consideró culpable de herejía pero en pena y penitencia por lo dicho y hecho ordenó la confiscación de la mitad de sus bienes, le desterró de América por diez años enviándole a un presidio de África o a Sevilla y se le condenó a la pena de doscientos azotes que se le perdonó por padecer epilepsia.

¹⁷ Arthur Stanley Turberville señala a este respecto: *La instalación de la nueva Inquisición por los Reyes Católicos debe considerarse como una parte de su propósito de organización y unificación política* (**La Inquisición Española**, ob. cit., pág. 20).

¹⁸ Gerónimo Fernández de Herrera Villaroel, escribano de Cámara en la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, afirmaba a este respecto en su obra **Práctica Criminal...**, ob. cit., : que el rey en virtud a su jurisdicción puede conceder excepciones a algunos por ciertas consideraciones: *Este genero de esempcion que he dicho, según el estado de las materias, la limita o amplia como dueño della el Principe* (folio 2).

estaba a disposición del poder real y sus necesidades, lo es el estudio de la praxis procesal, actividad que se puede caracterizar a partir de los trabajos de práctica forense¹⁹ y de los diccionarios jurídicos²⁰.

A partir del estudio de estos textos podemos concluir que el proceso penal se compone en el siglo XVIII de las siguientes fases:

1º.- El juez de la primera instancia debe proceder de oficio en todos los delitos contrarios a la causa pública o a los derechos del Monarca dictando en primer lugar un auto que hace de cabeza de proceso, en virtud al cual se reciben testigos para inquirir el cuerpo del delito y los reos. Si la causa es de entidad obra personalmente el juez; si no, comisiona al escribano.

2º.- Prestada la declaración por los testigos: En vista de la sumaria, si el acusado resulta reo, se manda la prisión y embargo de bienes mediante el auto siguiente: *Auto. En tal lugar, día, mes, y año su merced el Señor F. Alcalde, &c. en vista de estos Autos, y por la culpa que de ellos resulta contra F., dixo: Que pudiendo ser avido dicho F. Sea preso en la carcel publica de este Lugar; para lo qual se haga saber este proveido á F. Alguacil del Juzgado; y se le embarguen los bienes, depositandose en poder de persona lega, llana, y abonada; y por este su auto assi lo mandó y firmó*²¹.

Tras del mandamiento de prisión puede decidir el juez si interviene o no el promotor fiscal. El auto de prisión y embargo se notifica al ministro alguacil, quien procede a la captura del reo y al embargo de bienes.

3º.- Si el reo no es habido, se le declara en rebeldía y se le nombra un defensor. Si es habido es llevado a la cárcel.

4º.- El ministro alguacil da noticia de la prisión y pasa a la cárcel el escribano quien reencarga la prisión por orden del juez de autos. Se incomunica al reo. En las causas en las que no corresponde aplicar una pena corporal las personas de alguna distinción y carácter no pueden ser

¹⁹ Además de los textos ya citados, y los que citaremos, hemos consultado las siguientes obras; Joseph Berni, *Práctica Criminal, con nota de los delitos, sus penas, presunciones y circunstancias que los agravan, y disminuyen; y ritual para juzgar, acriminar, y defender en los Tribunales Reales de España, y en los particulares de residencia*, Valencia, MDCCXLIX, edición facsimilar, Editorial Civitas S.A, Madrid, 1989; Joseph Marcos Gutiérrez, *Práctica Criminal de España. Publicala el licenciado don Joseph Marcos Gutiérrez editor del Febrero Reformado y anotado, para complemento de esta obra que carecía de tratado criminal. Obra tal vez necesaria o útil á los jueces, Abogados, escribanos, notarios, procuradores, agentes de negocios y á toda clase de personas*, Tomo I, Madrid, MDCCCIV; Manuel Martínez Silvestre, *Librería de Jueces, Utilisima y Universal*, Tomo Quinto, MDCCLXXIV.

²⁰ Hemos consultado la obra de Andrés Cornejo, *Diccionario Histórico, y Forense del Derecho Real de España*, Tomo I, MDCCLXXIX, Tomo II, MDCCLXXXIV.

²¹ Joseph Berni, *Práctica criminal...*, ob. cit., pág. 108 (en éste como en todos los textos del siglo XVIII que citamos conservamos la ortografía).

encarceladas.

5º.- Posteriormente a que entra el reo a la cárcel se le toma la declaración, que es, dice Berní, un acto de inquirir la verdad por la boca del mismo reo. Agrega el autor las preguntas que deben formularse al reo: 2.- *Preguntado. Desde qué día está preso, quien le prendió, y si sabe el motivo de su prision, dixo: Que en tal día, y en tal parte le prendió un Alguacil de su merced, y que ignora el motivo de su prision*²².

La declaración es copiada por el escribano, quien la lee al reo antes de su ratificación. En la confesión podía tener lugar el tormento²³.

6º.- El juez comunica al reo que puede nombrar defensor *ad lites* para que le asista en la causa, dictando para este fin un auto.

7º.- Prestada la declaración da el juez auto de traslado al querellante o al promotor fiscal, si la causa está siendo tramitada de oficio, para que pidan lo que sea conveniente.

8º.- La parte querellante formaliza la querella.

9º.- El juez dicta un auto por el cual da traslado al reo.

10º.- Obtenida la respuesta del reo, el juez dicta el auto de prueba, y se sigue el procedimiento a modo de un pleito civil u ordinario. Pero también puede ocurrir que presentada la querella del particular o del promotor fiscal, el juez dicte un auto por el cual ordena se tome confesión al reo (en esta fase se aplica por regla general el *tormento*), de forma que ésta sirva de contestación.

11º.- Se rinde la prueba, que consiste principalmente en la ratificación de los testigos de la sumaria y en la presentación de testigos por el reo. Concluido el término de prueba da fe el escribano y se unen las probanzas al proceso mediante auto.

12º.- El proceso pasa a poder del juez para sentencia. La sentencia sólo contiene la decisión del asunto sin hacer mención de los fundamentos tanto de hecho como de derecho del fallo.

Este procedimiento intentó ser modificado por los reformistas españoles del siglo XVIII pero la Corona no aceptó las reformas y respaldó la censura

²² Joseph Berní, *Práctica Criminal...*, ob. cit., pág. 111.

²³ La tortura se aplicaba básicamente bajo dos modalidades según Arthur Stanley (*La Inquisición Española*, ob. cit., págs. 59-60): A) La garrucha: *consistía en amarrar las manos de la víctima a su espalda, atándole por las muñecas a una polea u horca, mediante la cual era levantada. En los casos severos se ataban a los pies de la víctima grandes pesos; se le levantaba durante un rato y después se le dejaba caer de un golpe que dislocaba el cuerpo entero.* B) La tortura del agua: *el reo era colocado en una especie de bastidor, conocido como la escalera, con travesaños afilados, la cabeza situada más baja que los pies en una cubeta agujereada y mantenida en esta posición por una cinta de hierro en la frente. Se le enroscaban en los brazos y piernas cuerdas muy apretadas que le cortaban la carne. La boca tenía que mantenerse forzosamente abierta, y metiéndole un trapo en la garganta, se le echaba agua de un jarro, de manera que nariz y garganta eran obstruidas y se producía un estado de semiasfixia.* Benjamín Vicuña Mackenna en la obra citada se refiere a la tortura en el potro: el reo era puesto sobre un aparato de madera, se ataban sus pies y manos con cuerdas que se tensaban para estirar sus extremidades.

inquisitorial de la obra ilustrada de Beccaria que promovía la reforma procesal penal. La oposición del monarca se entiende perfectamente a la luz de la concepción de la jurisdicción que existía en la época: *Jurisdiccion es potestad de una cosa ú otra, de aquí nace el dominio de Rey a vasallo, es la principal parte de la soberania, y consiste en su observancia y la obediencia de los subditos*²⁴. La reforma del proceso implicaba una modificación de la soberanía del monarca no sólo en el plano de su ejercicio sino en el teórico: se trataba de una renuncia del rey a una manifestación importante de su potestad suprema.

2.- La crítica ilustrada al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal.

El movimiento ilustrado se manifestó no sólo en el terreno epistemológico sino también en el político, cultural y jurídico. Jurídicamente los ilustrados desarrollaron la idea de la codificación, del Estado de Derecho, del Estado Constitucional y respaldaron el modelo teórico de la Escuela Clásica del Derecho Natural.

Todos estos planteamientos jurídicos del movimiento ilustrado: la idea de Código, la nueva teoría constitucional, los derechos naturales del hombre, permitieron una crítica abierta tanto al Derecho Penal como al Derecho Procesal Penal de la Monarquía Absoluta europea.

Quienes lucharon en contra del Estado Absoluto en Europa durante el siglo XVIII tenían perfecta conciencia de la profundidad del régimen absolutista y de su manifestación en la vida cotidiana. Thomas Paine señalaba en 1792 en su obra **Derechos del Hombre**: *Cuando el despotismo lleva siglos enteros establecido en un país, como en Francia, no reside sólo en la persona del Rey. Así aparece en la superficie y en la autoridad nominal, pero no es así en la práctica ni en los hechos. Sienta sus reales en todas partes. Todo cargo y todo departamento tiene su despotismo, fundado en la costumbre y en el uso. Todo lugar tiene su Bastilla, y toda Bastilla su déspota. El despotismo hereditario inicial, residente en la persona del rey, se divide y subdivide en mil formas y modos...actúa mediante un laberinto interminable de cargos, hasta que la fuente apenas si es perceptible...*²⁵.

Invocando los derechos naturales del hombre (que son los que pertenecen al hombre por el sólo hecho de existir²⁶) y sus derechos civiles (los que pertenecen al hombre por su condición de miembro de la sociedad²⁷), van a criticar la práctica penal y procesal penal: Paine entiende que son derechos civiles todos los relacionados con la seguridad individual y la protección personal.

24 Gerónimo Fernández de Herrera Villaroel, **Práctica criminal**, ob. cit., folio 1.

25 Thomas Paine, **Derechos del Hombre**, Alianza Editorial, Madrid, 1984, pág. 43.

26 Thomas Paine, **Derechos del Hombre**, ob. cit., pág. 65.

27 Thomas Paine, **Derechos del Hombre**, ob. cit., pág. 65.

La obra crítica del Derecho Penal y Procesal Penal que alcanzó más popularidad en Europa a fines del siglo XVIII fue el texto de Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, **De los Delitos y de las Penas**. El texto se publicó como anónimo en el año 1764.

Beccaria expresa claramente el desarrollo de un pensamiento que avanza en su raciocinio prescindiendo de la teología. Se distancia por lo tanto del juicio de escolásticos como Fernández de Herrera Villaroel para quien del pecado de Adán, *de aquella culpa se originó la forma de substanciar la primera causa criminal*²⁸. El pensador ilustrado separa la ley humana de la ley natural y divina. Aparta en definitiva el Derecho y la moral, es decir, la pena y el proceso penal del castigo religioso.

Según él mismo señala escribe su obra inspirado en el trabajo de Montesquieu y porque muy pocos han examinado y combatido la crueldad de las penas y la *irregularidad de los procedimientos criminales, parte de la legislación tan principal y tan descuidada casi en toda Europa*²⁹.

Beccaria critica diversos aspectos del Derecho procesal penal a lo largo de los capítulos de su obra, entre otros: la arbitrariedad de los jueces en decretar la prisión; la interpretación de la ley penal; el establecimiento de los plazos del procedimiento por el arbitrio judicial; el valor asignado a la prueba testimonial; la recepción de acusaciones secretas; el tormento; el desconocimiento del principio de inocencia; la práctica de pedir juramento al reo de decir verdad.

Argumenta Beccaria que la seguridad a que tiene derecho todo hombre en sociedad puede verse afectada por la prisión que es una pena. Esta pena por necesidad debe, a diferencia de las demás, preceder a la declaración del delito, pero este carácter distintivo suyo no le quita el otro esencial, esto es, que sólo la ley determine los casos en que el hombre es digno de esta pena. *La ley, pues, señalará los indicios de un delito que merezcan la prisión de un reo, que lo sujeten al examen y a la pena*³⁰. No hay una oposición a la prisión en el pensamiento de Beccaria, la que no es considerada como una medida de aseguramiento sino derechamente como pena, sino una resistencia a que la medida se aplique arbitrariamente por los jueces, *cuyos decretos siempre se*

²⁸ Véase *Práctica Criminal*, ob. cit., pág. 1. Señala además al justificar por qué se deben plantear preguntas indirectas y no directas al reo sobre el delito, que Dios enseñó a Daniel esta manera de averiguar la verdad: *sin duda fue inspiración Divina...La Justicia, atributo de Dios que descubrió, y conserva este medio de comprobar la verdad* (pág. 75). *Tratándose del juramento que ha de formular el reo de decir verdad indica: Y aunque Antonio Gomez, siguiendo la Opinion de San Agustin, es de sentir, que no debian jurar los reos en las confesiones, por el riesgo del perjurio* (3.tom. de las varias, cap. 12) *debe recibirseles juramento según una ley de Partida, y su Glossa de Gregorio Lopez* (1.24.tit. 19. Part. 3) *y siendo jurídicamente preguntado el reo, pecará mortalmente en no dezir la verdad según Santo Thomas* (2.2. quaest, 96) -pág. 128-.

²⁹ Cesare Beccaria, **De los Delitos y de las Penas**, Alianza Editorial, Madrid, 1998, pág. 30.

³⁰ Cesare Beccaria, **De los Delitos y de las Penas**, ob. cit., pág. 89.

oponen a la libertad política cuando no son proposiciones particulares de una máxima general existente en el código. Acepta incluso la posibilidad de decretar la prisión por la existencia de indicios menores pero cuando las cárceles sean lugares seguros y salubres.

Critica la interpretación que hacen los jueces de la ley penal oponiéndose a ello. Sólo toca al legislador interpretar la ley. El oficio del juez sólo es el de examinar si tal hombre ha hecho o no una acción contraria a las leyes y para ello debe operar *silogísticamente (Pondráse como mayor la ley general, por menor la acción conforme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena...)*³¹.

El texto claro de la ley dictada por el legislador no debe ser desplazado por la consulta del espíritu de la ley. El juez al interpretar persigue dar con el espíritu de la ley y para ello sólo opera con sus opiniones, pasiones, humores, por lo que provoca una gran inestabilidad acerca del significado de la misma.

La ley puesta por escrito y recogida en un texto fijador (código) es factor de educación para el pueblo que así conoce mejor lo que ha de tenerse por delito. Se evitan así también los mayores males de la interpretación.

Una buena ley debe estar redactada en un idioma claro, en una lengua que no sea extraña para el pueblo.

Se muestra partidario el pensador ilustrado del establecimiento de plazos breves, y fijados por la ley, para la presentación de la defensa del reo y para los actos probatorios. La brevedad del proceso es observada como una garantía para la seguridad del reo que no se verá así expuesto a los peligros de un proceso que nunca termina. Asimismo considera que el plazo de prescripción de los delitos atroces debe ser mayor que el de los delitos leves.

En relación con el valor asignado a la prueba testimonial se opone Beccaria a dar por establecida la responsabilidad penal por el sólo mérito de un testimonio. Rechaza la opinión de los criminalistas de dar mayor fe a los testigos mientras mayor sea la atrocidad del crimen: *En los más atroces delitos, esto es, en los menos probables, bastan las más ligeras conjeturas, y es lícito al juez pasar por encima de lo prevenido por derecho...Atemorizados (los jurisconsultos) por algunos delitos atroces y difíciles de probar se creyeron en necesidad de pasar por encima de las mismas formalidades que hablan establecido; y así, ya con despótica impaciencia, ya con un miedo mujeril, transformaron los juicios graves en una especie de juego en que el acaso y los rodeos hacen la principal figura*³².

Repudia la práctica de dar curso a acusaciones secretas porque hace a los hombres falsos y dobles. *¿Quién puede defenderse de la calumnia cuando*

³¹ Cesare Beccaria, *De los Delitos y de las Penas*, ob. cit., pág. 36.

³² Cesare Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, ob. cit., pág. 52..

está armada del secreto, escudo el más fuerte de la tiranía?

Califica como crueldad la práctica de la mayor parte de los países de Europa de torturar al reo mientras se forma el proceso, o para obligarlo a confesar un delito, o por las contradicciones en que incurre, *o para el descubrimiento de los cómplices, o por no sé cual metafísica e incomprensible purgación de la infamia /o finalmente, por otros delitos de que podría ser reo, pero de los cuales no es acusado*³³.

Beccaria cuestiona el tormento por ser contrario a la presunción de inocencia que favorece a toda persona; *Un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que le fue concedida...no se debe atormentar a un inocente, porque tal es, según las leyes, un hombre cuyos delitos no están probados*³⁴.

No acepta tampoco el pensador italiano la práctica de pedir juramento al reo de decir la verdad por ser contraria a los sentimientos naturales del hombre.

Mirados desde una perspectiva global los pensamientos de Beccaria expresaban nítidamente dos ideas centrales del programa reformista del liberalismo ilustrado:

1º.- La necesidad de la codificación, más específicamente de una codificación del Derecho procesal penal. Beccaria propuso en su obra elaborar una legislación procesal clara (redactada en un idioma que entendiera el pueblo) presentada bajo la forma de una máxima general contenida en un código. Las leyes así redactadas terminarían con el arbitrio judicial. Reserva al legislador interpretar la ley teniendo el juez prohibición de repudiar la letra a pretexto de consultar su espíritu.

2º.- Las leyes deben servir para la protección de los derechos individuales. El reformista italiano pretendía una correspondencia exacta entre la legislación procesal penal, la libertad personal, la dignidad y la seguridad individual.

Las ideas del liberalismo ilustrado se transforman por la obra de Beccaria, así como de otros autores, en un programa para llevar a la práctica una vez que la burguesía alcance el poder político

3.- La regulación del proceso penal en la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812

Una vez que alcanzaron el poder los liberales, lo que ocurrió para el caso español en las primeras décadas del siglo XIX, estas ideas se plasmaron en

³³ Cesare Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, ob. cit., pág. 58.

³⁴ Cesare Beccaria, *De los Delitos y las Penas*, ob. cit., pág. 58.

sendas reformas que implicaron la regulación constitucional del proceso penal.

3.1.- El proceso penal en la Constitución de 1812

La crisis política de la Monarquía Española producto de las disputas entre el Rey Carlos IV, su favorito Godoy y el príncipe Fernando, facilitó la intervención de Napoleón Bonaparte en España. El emperador encontró la forma para hacerse con el poder y entronizar a su hermano José como Rey de España y de las Indias.

La nueva situación política fue repudiada por una parte significativa del pueblo español, y dicho repudio cristalizó en una guerra de independencia cuyo efecto principal desde el punto de vista jurídico político fue la transformación de la Monarquía Absoluta en una Monarquía Constitucional (Monarquía Moderada).

La revolución burguesa española desatada a partir del año 1808 provocó bruscas mutaciones estructurales, cambios profundos que significaron la ruptura de continuidad entre el Antiguo y el Nuevo Régimen. A pesar de la intermitencia del proceso (1812-1814, 1820-1823, etc.) se dieron nuevos fundamentos a la organización social, jurídica y política española.

Correspondió a los liberales reunidos en Cádiz (liberales gaditanos) a partir del 24 de septiembre de 1810 el mérito de sentar las bases para esta profunda reforma y en ella jugó un papel significativo la regulación constitucional del proceso penal.

La protección de la libertad personal y de la seguridad individual fue una tarea que asumieron las Cortes casi desde el momento mismo de su establecimiento. La guerra generó una situación abusiva en relación con la privación de libertad de los españoles a manos de sus propios connacionales. Individuos de diferente posición social privados arbitrariamente de libertad se dirigieron a las Cortes buscando protección. Es así como el día 3 de octubre de 1810 se aprobó formar una comisión de diputados, la Comisión de Justicia, de la que formó parte el diputado chileno Fernández de Leyva, a la que se encargó atender todas las quejas de los presos, informar a las Cortes y proponer el remedio. El día 14 de diciembre de 1810 se nombró una nueva comisión para *que redactara una ley al tenor de la de Habeas Corpus que asegure la libertad de los ciudadanos (Fernández de Leyva se incorporó también a esta comisión*³⁵).

³⁵ Diario de Sesiones de las Cortes Generales y Extraordinarias. Dieron principio el 24 de setiembre de 1810, y terminaron el 20 de setiembre de 1813. Imprenta de J.A. García, Madrid, 1874 (en adelante D.S.C.G.E.), Tomo I, sesión del día 14 de diciembre de 1810, pág. 163.

El trabajo de ambas comisiones implicó la presentación de un proyecto de Reglamento para las causas criminales que empezó a discutirse a partir del día 19 de abril de 1811.

La Comisión de Justicia sostuvo que la única vía para poner término a las dilaciones de las causas, remediar las vejaciones de los reos y terminar con las arbitrariedades de los jueces era atacar el mal en su raíz, para lo cual debían darse reglas generales que pusieran a cubierto a los ciudadanos de toda vejación en las causas y evitaran los abusos del poder judicial: *Derechos claros en los ciudadanos; sencillez en el curso de los pleitos; publicidad en todos los actos; leyes terminantes y aplicadas irremisiblemente por los jueces; una la jurisdicción y tribunales dedicados precisamente a la administración de justicia, sin poder entender en otra cosa, son los elementos de que debe constar este grande edificio. A la Nación toca disponer esta obra en sus Cortes, y echar los cimientos de la prosperidad de todos los españoles*³⁶.

El proyecto generó un vivo debate en el que quedaron de manifiesto con claridad las distintas concepciones que liberales y *serviles* (partidarios del monarca y de las instituciones del Antiguo Régimen) mantenían acerca de la seguridad personal, la libertad individual, el orden público y la autoridad del juez.

La propuesta legislativa que se proponía modificar los antiguos cuerpos jurídicos se fundaba en tres supuestos: que la normativa procesal penal vigente era insuficiente para garantizar la libertad personal y la seguridad individual frente a la arbitrariedad de los jueces; que en la solución de los problemas que se denunciaban a las Cortes por los presos la ley debía proteger en mayor medida al individuo que a la sociedad; que la prisión eran una mera medida de aseguramiento del delincuente y no una pena.

Ante el proyecto la mayoría liberal se inclinó por proteger al individuo y limitar en consecuencia la arbitrariedad de los jueces, lo que implicaba modificaciones legales y la creación de mecanismos eficaces para hacer efectiva la responsabilidad del juez que atenta contra la seguridad y la libertad individual. La mayoría de los *serviles* sostuvieron por el contrario que las leyes eran bondadosas con los delincuentes y que el juez debía estar dotado de los poderes necesarios para mantener la tranquilidad pública y el buen orden³⁷.

Ante la defensa que hacían los *serviles* de la legislación el diputado liberal Moraguez destacó el carácter contradictorio de la Recopilación, las

³⁶ D.S.C.G.E., Tomo II, pág. 891.

³⁷ Véase para estos planteamientos en D.S.C.G.E., entre otras, las sesiones de los días 25, 26, 27, 29 de abril de 1811. El diputado Hermida alegó para oponerse a la nueva legislación que no se estaba respetando el procedimiento legislativo aplicado por la Corona. Pidió que se escuchara al Consejo de Castilla, lo que implicaba un abierto desconocimiento de la autoridad legislativa de las Cortes. Fustigó además duramente a aquellos que creen que todo lo saben porque leen a Filangieri (D.S.C.G.E., Tomo II, págs. 943-946).

Ordenanzas de Corregidores y las Siete Partidas. Mientras la primera disponía que por los delitos que no merecen pena corporis afflictiva no debe darse prisión, la última admitía que para prender a una persona bastaba con que esté informada o acusada de algún delito. La interpretación de la ley 1, título IX, Partida VII daba lugar a los planteamientos de los jurisprudentes en perjuicio de la libertad civil al sostenerse que cualquier presunción bastaba para decretar la prisión³⁸.

Las ideas de Moraguez y de los liberales de no ser suficiente la legislación para la protección de la libertad se encontraban respaldadas además por la opinión de los juristas, así Joseph Marcos Gutiérrez en su **Práctica Criminal** de 1804 señalaba: *Así como la ley debe señalar a cada delito su pena para impedir quanto sea posible toda injusticia y arbitrariedad en el castigo de los delinquentes, así también, debería prescribir con toda especificación que indicios, presunciones o pruebas de criminalidad ha de tener contra sí un ciudadano para procederse a su prisión, quando (sic) se trata de castigar un atentado digno de ella. ... Más por desgracia no se halla determinado claramente en nuestra legislación un punto de tanta importancia para la conservación de la libertad civil que por otra parte procuran las leyes hacer respetar; y aun estando a la letra de una de ellas parece bastar para prender a una persona que sea infamada o acusada de algun delito. De aquí es que los interpretes con su acostumbrada osadía y cada uno a su antojo o arbitrio, pasaron a resolver la duda, llegando hasta decir que cualquiera presuncion y el dicho de un menor, de un siervo, de un pariente...bastaba para decretar un auto de prisión. A vista de esto no debemos maravillarnos que jueces inhumanos e ignorantes sean demasiados fáciles y aun precipitados para hacer conducir injustamente a las cárceles innumerables ciudadanos*³⁹.

El conjunto de decisiones tomadas con ocasión del debate del proyecto de Reglamento para las causas criminales no se expresaron bajo la forma de Decreto sino que fueron incorporadas directamente, con algunas modificaciones, a la Constitución a través del proyecto de la Comisión de Constitución.

Esta decisión de dar resguardo constitucional a la libertad y seguridad individuales constituye la mejor demostración de la relevancia que tuvo para el proyecto liberal, y para su propósito de lograr legitimidad en el seno de la

³⁸ Véase D.S.C.G.E., Tomo II, pág. 943.

Las ideas de Gerónimo Fernández de Herrera Villaroel expresadas en su **Práctica Criminal**, ob. cit., págs. 40-41, confirman plenamente esta convicción: *Resultando, pues, por alguno de estos lados probado algun indicio, aunque sea remotisimo contra algun sugeto, por la justa consideración de lo que puede sobrevenir, se debe prender, no estando hecho como supuse ... Conseguida la prision, como prevengo, aunque aya sido sin orden, quando tenga el Juez noticia de ella, la dar por bien hecha, aunque lajustificación tal vez se haga después de asegurar al preso, porque es según dos leyes, una de Partida y otra de Recopilacion (11, tit. 26, part. 7. L.7. al fin tit. 23. Lib. 4) porque como sobrevenga después, no se dirá fue prision injusta, por cuya razon el motivo, y autos de esta prision si sucede, es bien consten en los de la causa en la forma que los executó.*

³⁹ Joseph Marcos Gutiérrez, **Práctica Criminal**..., ob. cit., Tomo I, pág. 208.

sociedad, la protección del individuo concreto. Protección que debió sostenerse en contra de la propuesta servil de supeditar la libertad individual y la seguridad personal a la seguridad y tranquilidad pública, o a la autoridad del juez. La resistencia a las modificaciones puede entenderse como una defensa del mixto imperio de que estaba dotado el juez, y que no es sino la participación de la judicatura en el mixto imperio o señorío del Monarca. Afectar al juez en sus prerrogativas, perfeccionar los mecanismos para hacer efectiva su responsabilidad, constituía una reforma de alcance significativo por el lugar que ocupaba la justicia en el Antiguo Régimen. Podemos pensar también que la oposición a las reformas constituía una protección de los privilegios de la nobleza y por ende de la desigualdad propia de la organización estamental.

ANEXO

Gerónimo Fernández de Herrera Villaroel, **Práctica Criminal Instrucción (Nueva Util) de substanciar las causas, con distinción de lo que particularmente se debe observar...**, Imprenta de Juan de Ariztía, Madrid, 1719.

B. Diligencia del motivo de la prision de un reo.

En &c Yo el Escrivano doy fee, que yendo por tal parte en compañía de N. Alguazil, se nos dio noticia de que fulano, desde que sucedió tal delito, anda ausente, o esta retraido en tal parte, y respecto de no contar de deliquente conocido en la causa, que del referido delito se hizo, por aver hallado ocasión oportuna, y para que obre lo que huviere lugar de derecho, le pusimos en la carcel, sin ponerle preso, hasta dar cuenta al señor N. Y aunque al tiempo de la prision se le reconoció su persona, no se le halló como sospechosa, y para que conste lo puse por diligencia, y lo firme, y el alguazil (pág. 40).

C.- Auto en que se dá por bien hecha la prision, y se manda hazer algunas diligencias que conviene prevenir.

En, &c. Aviendose dado quenta al señor N de lo que contiene la diligencia antecedente, con vista de los autos de la causa, en que está procediendo sobre tal delito, dio por bien hecha la prision de N. Y mandó se separe de la comunicación de los demás presos, y se encargue al Alcayde de la carcel su custodia, y que el presente Escrivano ponga por fee en estos autos el sitio donde se hizo la prision, y partes por donde se traxo a la carcel, y aviendo testigos que asimismo lo viessen, les examine, y traygase á presencia de su merced el testigo que dio noticia del retrainimiento, ó ausencia de este reo, para efecto de examinarle; y siendo necessario se le aprémie á ello, lo qual execute qualquier Ministro de esta Audiencia, en virtud de este auto, á testimonio del, el qual sirva de mandamiento, que para ambos efectos dá á dichos Ministros comission en forma.&c (pág. 41).