

# LA FORMACIÓN DEL DERECHO PROCESAL INDIANO Y SU INFLUENCIA EN LOS DERECHOS MODERNOS

Abelardo Levaggi

## 1. INTRODUCCIÓN

Incorporadas las Indias Occidentales a la Corona de Castilla, en la calidad de reinos accesorios, por decisión de los Reyes Católicos, se tuvieron y juzgaron —de conformidad con el *Ius Commune*— por una misma cosa con aquella Corona. En consecuencia, debieron gobernarse y regirse por sus leyes. Recibieron su Derecho —sólo el territorial o general, no el local o foral— sin necesidad de promulgación especial alguna. Desde entonces, el Derecho castellano territorial, representado tanto por las leyes como por las doctrinas de los juristas, fue el Derecho común de Castilla y sus Indias.

La aplicación de las leyes castellananas en el Nuevo Mundo se hizo respetando el orden de prelación vigente en la Península, tal como había sido definido en 1505 por las Leyes de Toro. O sea: 1° las propias Leyes de Toro, 2° las leyes anteriores a éstas, 3° el Fuero Real, y 4° las Partidas.

Pero, paulatinamente, se fue elaborando un Derecho especial para América, el llamado Derecho indiano propiamente dicho. En virtud del principio según el cual el Derecho particular o privilegio ha de prevalecer sobre el Derecho general, el Derecho indiano desplazó al de Castilla, que quedó como Derecho supletorio. Por consiguiente, en la medida en que el nuevo Derecho se desarrolló, disminuyó la aplicación del castellano. En todo caso, ambos ordenamientos se complementaron de tal modo en América que, con propiedad, se habla de la vigencia en ella de un sistema jurídico castellano-indiano.

Omito, deliberadamente, ocuparme de la participación que en el sistema jurídico del Nuevo Mundo tuvieron los derechos indígenas, por ser éste un aspecto irrelevante en la presente ocasión. Los derechos indígenas no influyeron en la evolución ulterior del Derecho procesal, como en cambio lo hicieron en otras ramas del Derecho.

La relación entre los ordenamientos castellano e indiano tampoco fue igual en todas las ramas e instituciones. En términos generales, se puede decir que fue mayor en el campo del Derecho público que en el privado, pero, aun en aquél, hubo notables diferencias entre unas y otras instituciones. Por ejemplo, en materia de administración de justicia fue mayor la importancia del Derecho indiano propiamente dicho en lo relativo a la organización judicial que al procedimiento, área esta en la que rigió, con escasas variantes. El Derecho castellano, con sus leyes (Partidas, Fuero Real, recopiladas y extravagantes) y sus doctrinas, además del estilo o práctica desarrollado por los tribunales propios, fue una fuente importante de Derecho en asunto de procedimientos.

Para exponer, pues, el ordenamiento procesal del Nuevo Mundo hay que partir del Derecho castellano y, sólo a título de excepción, indicar los aspectos en que el indiano se apartó de aquél para dar origen a las, así denominadas modernamente, “especialidades indianas”<sup>1</sup>.

## **2. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO CASTELLANO-INDIANO**

¿Cuáles eran las características del Derecho procesal castellano? Consideraré algunas de las más significativas.

### **A. Naturaleza romano-canónica**

El Derecho procesal, como el resto del ordenamiento jurídico castellano vigente en la época del descubrimiento de América, nació en la Baja Edad Media, bajo la influencia del *Ius Commune* o Derecho romano-canónico. En ese mismo período se había constituido el Derecho procesal en una rama autónoma del sistema jurídico. El Derecho procesal castellano heredó, por lo tanto, las características de *Ius Commune*, provenientes unas del Derecho justiniano, desde los conceptos de *actio* y *exceptio* hasta el de *res iudicata*, y otras del canónico<sup>2</sup>.

Respecto del canónico, y según José Maldonado, las decretales de los papas y la canonística construyeron un proceso propio, marcadamente técnico y científico, lento pero eficaz, en el que el formalismo que se arrastraba de los Derechos romano y germánico fue vitalizado con un contenido espiritual. El proceso tanto adquirió sentido de unidad en todo su desarrollo, como fue dividido en una serie de fases cerradas y preclusivas. Puede señalarse, como ejemplos de oposición a los

principios romanos, la participación de terceros, la presentación de excepciones dilatorias en diversos momentos, la separación de los actos de la *litis contestatio*, la apelación no sólo después de la sentencia, y la instauración de un proceso sumario indeterminado, “*simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii*”<sup>3</sup>.

## B. Predominio de la escritura

La expresión escrita fue una peculiaridad del procedimiento ordinario castellano-indiano, también de origen romano-canónico. Fue consecuencia de su concepción “letrada”; de su periodificación y concatenación, que obligaban a fijar en el papel los actos sucesivos que se realizaban; de la falta de intermediación del juez en las diligencias cuya ejecución delegaba; y del recurso de apelación, que suponía el conocimiento de la causa por un tribunal que había sido ajeno a su tramitación.

El principio de escritura valía tanto para las partes como para el tribunal. Respecto de las partes, implicaba que debían respetar las formas de libelar establecidas por la costumbre y, a veces, también por las leyes. Obrar en sentido contrario las hacía pasibles del rechazo de sus presentaciones y aun de apercibimiento, si el desarreglo era considerado grave.

Un fiscal de la Audiencia de Buenos Aires se quejó, en una oportunidad, de que la representación formulada por la parte no venía “en forma jurídica”, estimando que “por esto sólo” era “desatendible, y aun despreciable”. En otra ocasión observó que no guardaba “la forma prescrita por las leyes”, razón por la cual “no debió haberse admitido” para no dar lugar a que se frustrase e hiciesen ilusorias las disposiciones legales<sup>4</sup>.

La escritura hizo necesaria la presencia, al lado del juez, del escribano. En este sentido, la ley 33, título 8, libro 5 de la Recopilación de Indias ordenó “a los gobernadores, tenientes, y justicias, que ejerzan sus oficios con los escribanos públicos y ordinarios, en las cosas de justicia, que se ofrecieren”. Expresamente, la ley 14, título 4, de la Partida 3, prescribió a los jueces que sometían al rey el juzgamiento de quienes tenían en prisión, que fuesen “acusiosos, para embiar escritas las razones al Rey, por que los prisieron. E otrosi las pruebas, e el recabdo que fallaron contra ellos, sobre aquellos yerros por que fueron presos; quier sean por testigos, o por cartas, o por conoscencias, o por señales, o por presunciones; de manera que el Rey pueda ser cierto, de lo que quiere de fazer dellos”. El mismo argumento valía para toda clase de apelaciones.

El predominio de la escritura no significó su adopción siempre y en toda especie de proceso. Además del proceso ordinario había procesos sumarios, total o parcialmente orales. Las Cortes de Madrid de 1534 suplicaron al rey

“que hasta en cuantía de cuatrocientos maravedís sobre deudas y causas civiles, no haya orden ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna, salvo que sabida la verdad sumariamente, la justicia proceda en hacer pagar lo que así se debiere [...] y que no se asiente por escrito otra cosa, salvo la condenación o absolución, porque no se torne a pedir otra vez...”.

La respuesta de Carlos I fue “que porque en los pleitos haya toda brevedad, nuestra merced y voluntad es que se haga así”. La norma pasó a la Nueva Recopilación (III, iv, 19) y a la Novísima (XI, iii, 8)<sup>5</sup>.

Las causas menores que se tramitaban ante los alcaldes ordinarios, de la hermandad y de barrio, cuando actuaban en instancia única, fueron verbales. Carlos Ferrés señala que en los asuntos de “mínima cuantía” el demandante comparecía ante el alcalde y le anunciaba su demanda. Éste le dirigía al demandado —de ordinario de palabra, si era vecino de la misma ciudad— “recado de comparecer” en el acto a la sala de justicia, o para día y hora determinados. Reunidos juez y partes, todos de pie, aquél las oía y daba, patriarcalmente, su sentencia, que a veces consignaba por escrito en un volante<sup>6</sup>.

También sumaria debía de ser la justicia impartida a los naturales. La ley 83, título 15, libro 2 de la Recopilación de Indias establecía que las audiencias “no den lugar, que en los pleitos entre indios, o con ellos, se hagan procesos ordinarios, ni haya dilaciones [...], sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos”<sup>7</sup>.

Un fuero caracterizado por su justicia sumaria y oral fue el mercantil. Desde antiguo, el Tribunal del Consulado tenía que decidir los pleitos “breve, sumaria y llanamente, sin estrépito y figura de juicio, atendida la sola verdad del hecho” o, también, “a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada”.

Presentes ambas partes, el demandante hacía su exposición oral, a la que respondía el demandado. Oídos ambos e inspeccionadas las pruebas que presentaban, se intentaba un avenimiento. Si fracasaba el intento, el tribunal les proponía que nombraran árbitros. Si tampoco esto se lograba, levantaba un acta y, previo retiro de las partes y testigos, pasaba a deliberar y sentenciar<sup>8</sup>.

### C. Principio de bilateralidad

Su vigencia condujo a que, como regla, nada definitivo se decidiera sin haber antes oído a ambas partes. El fiscal José Márquez de la Plata alegó en 1803 la nulidad de un procedimiento “porque no se ha observado el orden de derecho que exige la citación y audiencia del colitigante para declarar y juzgar en su perjuicio, aunque sea por interlocución o modo provisional [...], siendo máxima constante elemental de derecho que en la menor incidencia, y para cualquiera interlocución se haga citación, y audiencia al menos virtual, como sucede en los juicios sumarios, y de interin, que requieren la citación y audiencia aunque por modo breve”<sup>9</sup>.

El principio de bilateralidad no se aplicó, sin embargo, en forma absoluta. El fundamento de los casos de excepción fue el temor de que se frustrase la administración de la justicia, por ejemplo, cuando se procedía contra personas poderosas, que, al tomar un conocimiento inmediato de los hechos, podían prevalerse de su superioridad e impedir que se hiciera justicia. Así fue que el citado fiscal no dejó de indicar que,

“aunque en cumplimiento de las disposiciones de las leyes se observa generalmente en todos los tribunales que hecha la pesquisa o sumaria del delito, recibida la confesión, y puesta la acusación, se da traslado de ella, de los nombres de los testigos y de sus dichos al reo, o reos contra quienes se procede para que se puedan defender diciendo contra éstos y aquéllos, se limita esta regla en ciertos crímenes[ porque aunque la ley señala sólo el de cohecho, en cuyo caso prohíbe se muestren los nombres y los dichos de los testigos a los delincuentes, esto mismo se practica en otros bajo aquella misma excepción y con muy harto fundamento en los que se comenten por personas poderosas, y que verosímilmente se teme que puedan sobornar, o amedrentar a los testigos, o que por sus respetos, enlaces y conexiones se presuman en la misma forma con influjo para seducirlos y moverlos a la retractación”<sup>10</sup>.

### D. Procedimiento civil acusatorio

El proceso civil siguió siendo acusatorio. Las partes conservaron, como en el Derecho altomedieval, el impulso del procedimiento. El papel del juez fue, en principio, pasivo, de acuerdo con la regla “*bonus iudex nihil ex arbitrio suo facit, sicut audit ita iudicat*”.

El conde de la Cañada planteó la cuestión de si, una vez acabado el término de prueba, y al no fijar la ley aquel en que las partes debían pedir la publicación de probanzas, podía el juez establecer ese término. A su parecer, la razón y la equidad dictaban que lo hiciera de oficio “a fin de dar curso a los pleitos con la brevedad que conviene”. Pero, reflexionando mejor, concluyó que el silencio de las partes era visto por el Derecho como que procedían de un acuerdo y conformidad en dejar el pleito en aquel estado para continuarle o abandonarle, por justas consideraciones, sin que tuviera entonces el juez facultad para obligarlas a que le continuasen, porque en tal caso habría sido ponerlas en la necesidad de sufrir mayores gastos, “fomentando las discordias que las mismas partes habían terminado o suspendido de conformidad”<sup>11</sup>.

El carácter acusatorio del proceso civil no redujo, empero, al juez a un papel totalmente pasivo. Su misión, impulsada por el Derecho canónico y declarada por las leyes reales, consistía en conocer la verdad de los hechos y dictar sentencia en su conformidad. La ley 40, título 4, de la Partida 3, establecía que

“verdad, es cosa que los Judgadores deuen catar en los pleytos, sobre todas las otras cosas del mundo: e porende, quando las partes contienden sobre algund pleyto en juyzio, deuen los Judgadores ser acuciosos en puñar de saber la verdad del, por quantas maneras pudieren. Primeramente, por noscencia que fagan por sí mismos el demandador, e el demandado, en juycio, o por preguntas que los Juezes fagan a las partes en razón de aquellas cosas sobre que es la contienda. Otrosí por jura [...] Porque, quando por ninguna destas carreras non pudieren los Judgadores saber la verdad, han de recibir testigos, los que las partes traxeren para porouar sus intenciones, tomando la jura ante ellos [...]. E sobre todo, si por priuillejos, o por cartas valederas, o por señales manifiestas, o por grandes sospechas non la pudieren saber, deuen fazer en la manera que mostramos en las leyes desde libro...”.

*Verbi gratia*, según la ley 30, título 16, “si el Judgador fallasse alguna palabra dubdosa, o encubierta en el dicho del testigo, de manera que non pudiesse tomar ende sano entendimiento, bien lo puede llamar ante sí a dezirle en poridad, que declare aquella dubda: e el testigo deuelo fazer”.

Por otra parte, era típica la declaración de los testigos sólo ante el juez y el escribano aparentemente, para evitar que, conocidos sus dichos por la contraparte, ésta intentase destruirlos con pruebas falsas, y su reserva hasta que, producidas todas las pruebas ofrecidas por las partes, se hiciese la publicación. El derecho de las

partes se limitaba a controlar el juramento de decir verdad de los testigos, presentar los interrogatorios respectivos (preguntas y repreguntas), y a oponer tachas a aquéllos una vez conocidas sus declaraciones. Decían las leyes 23 y 26, título 16, de la Partida 3, que “recebir deue el Judgador la jura de los testigos, ante que haya su testimonio. E esta jura deue tomar, seyendo la parte delante contra quien son aduchos”, y “recebida la jura de los testigos [...] deue el Judgador apartar el uno dellos, en tal logar que ninguno non los oya”.

Concluida la producción de las pruebas, la doctrina discutió acerca de si cabía admitir documentos, confesión u otros medios probatorios. La práctica fue imponiendo lo que se llamaría más tarde “diligencias para mejor proveer”. Dentro del plazo para dictar sentencia, el juez podía ordenar de oficio cualesquiera medidas de prueba<sup>12</sup>. Así, se debilitó paulatinamente el puro procedimiento acusatorio.

### **E. Procedimiento criminal inquisitivo.**

En el procedimiento criminal la recepción del *Ius Commune* fue más notoria que en el civil. El mayor poder del Estado, y los mayores medios técnicos de dominación y administración con que contó, hicieron posible el intervencionismo regio en la justicia criminal. La premisa mayor estuvo en la nueva función que asumieron los reyes —nueva con respecto a la Alta Edad Media— de perseguir y castigar a los delincuentes. Dicha función tuvo dos manifestaciones principales: la implantación de un sistema de penas de Derecho público, y la adopción del procedimiento inquisitivo.

El juicio ordinario se dividió en tres etapas: sumaria, plenario y sentencia. La sumaria, preparatoria en teoría, tuvo por objeto determinar cuáles eran las circunstancias del delito y quién su presunto autor, asegurar el resultado, adoptando las medidas cautelares oportunas, y preparar las posiciones de las partes. El plenario comprendió dos fases: una, de fijación de dichas posiciones, mediante los escritos de acusación formal, contestación, réplica y dúplica; y otra, probatoria, que finalizaba con la publicación de probanzas y el llamamiento para sentencia<sup>13</sup>.

La relación bilateral (ofensor-ofendido), característica del proceso altomedieval, fue reemplazada desde la Baja Edad Media por otra, trilateral: juez-ofensor-ofendido. El juez asumió la iniciativa en la averiguación de los delitos, salvo los de exclusivo interés privado, o sea, de aquellos en los que estaba interesada la vindicta pública. Pudo aprehender y juzgar a los presuntos reos, obtener las pruebas necesarias, aun mediante el empleo del tormento<sup>14</sup>, y aplicar las penas. El fin buscado por el proceso inquisitivo fue confirmar la presunción de culpabilidad que pesaba sobre

quien era llamado “reo” desde el momento mismo de la acusación, y ese fin actuaba como idea motriz del procedimiento.

Según el práctico del siglo XVI Antonio de la Peña,

“el juez que está puesto para castigar y extirpar los delitos [...] advierta y con gran diligencia y cuidado se ocupe en saber e inquirir los delitos que en su jurisdicción los hombres malos cometieren, para castigarlos, y a esto está obligado por razón del oficio que tiene [...] porque hoy el juez de su oficio puede conocer de cualquier maleficio y así comúnmente se platica y de más de derecho común lo disponen las leyes de estos reinos”.

Aunque el acusador renunciase a la acusación, debía el juez proseguirla de oficio, inquirir la verdad del delito, traer testigos tanto en contra como a favor del imputado, y condenarlo si lo hallaba culpable<sup>15</sup>

Junto al nuevo papel del juez, el fiscal fue la otra pieza clave del procedimiento inquisitivo, como encargado del patrocinio y amparo de las causas pertenecientes a la vindicta pública. Su obligación era denunciar los delitos que llegaban a su conocimiento, perseguirlos, acusarlos y procurar su castigo. Hasta principios del siglo XVII sólo actuaron en los procesos incoados de oficio, pero desde entonces acompañaron, también, las denuncias y querellas de los particulares, acabando por constituirse en los representantes por excelencia de la acción pública<sup>16</sup>.

## F. Preponderancia de las pruebas subjetivas

La importancia de las pruebas subjetivas, un rasgo característico del proceso bajomedieval, se mantuvo en la presente época, atenuada por el desarrollo de la técnica notarial. En principio, la confesión judicial y los dichos contestes de dos o más testigos tuvieron el valor de plena prueba, y la confesión extrajudicial y el dicho de un testigo, el de semiplena.

La confesión fue la “reina de las pruebas”, la “*probatio probatissima*”. Para que surtiera efecto debía reunir varios requisitos: ser espontánea y libre, de ciencia cierta y sin error, recaer sobre actos posibles o verosímiles no favorables al absolvente. hecha por persona hábil ante el juez y la contraparte. Es lo que, en esencia, decían los versos latinos “*mayor; sponte, sciens, contra se, ubi ius fit. et hostis, certum, lisque, favor; ius, nec natura repugnet*”.

En torno a la confesión giró el procedimiento criminal, dirigido, precisamente, a su obtención. La hecha en el tormento tenía que ser ratificada con posterioridad para que fuera válida. Además, debía ir acompañada de otras pruebas. Según Ulpiano (D. 48.18.1.17), “no se debían considerar como delitos averiguados las confesiones de los reos, si ninguna prueba formara la convicción del juzgador”.

La pena de muerte sólo podía ser aplicada si el reo, convicto por otras pruebas, era confeso. Como se advierte, no bastaba la mera confesión. Y esto era así, como explicó un fiscal que hacía de protector de naturales, porque

“el reo, como que no es señor de sus miembros ni de su vida, no puede disponer de ésta a su arbitrio por su sola confesión. De aquí han deducido los criminalistas que ninguno en este caso es testigo contra sí mismo, y que cuando es sola la confesión, jamás puede llamarse prueba, y no falta disposición en el derecho civil [romano], que prohíbe al juez numerar la confesión del reo entre las pruebas evidentes del delito y condenarlo sin otras que confirmen la verdad de su confesión”<sup>17</sup>

Hasta mediados del siglo XVIII los autores recomendaron, con las Partidas, que el juez tomase la confesión al reo inmediatamente después de su aprehensión, para que fuese lo más espontánea posible, mas desde entonces se difundió la práctica de recibirle dos declaraciones: una inmediata, llamada “indagatoria”, no indispensable, en la que el reo era un testigo más, y la “confesión” propiamente dicha, al final de la sumaria en la que el juez lo instaba a reconocer los cargos que pesaban contra él, o sea, una declaración con cargos de culpabilidad.

La prueba de testigos también fue privilegiada; hasta preferida a la instrumental por su carácter jurado (“*témoins passent lettres*”). La declaración de un solo testigo no era suficiente (*testes unus, testis nullus*), pero dos testigos contestes hacían plena prueba. El principio admitido era que “en boca de dos testigos está toda la verdad”. No se aplicó, sin embargo, a los indígenas, porque se sospechaba de su inconstancia y de la falta de verdad de sus dichos.

Para que el testimonio fuera válido, el testigo había de ser presencial, y no de oídas, prestar juramento de decir verdad, ser interrogado en secreto, coincidir en el todo con los demás testimonios y dar razón del dicho. En el procedimiento criminal, los testigos de la sumaria tenían que ratificarse en el plenario. Al publicarse las probanzas la contraparte tenía la oportunidad de enterarse del contenido de los testimonios y atacarlos por medio de la tacha del testigo. Había tachas absolutas y relativas.

Las clases de juramento probatorio aún subsistentes, cuyo prestigio venía de los Derechos romano y canónico, fueron el supletorio y el decisorio. En el primer caso, juraba la parte —según las Partidas, aquella que el juez consideraba más veraz— para completar la prueba. En el segundo, una de las partes se allanaba al juramento que prestara la otra, con lo cual adquiría el valor de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. Según Gayo (D. 12.2.1), “se introdujo en la práctica, como el mayor remedio para terminar los pleitos, la santidad del juramento, con la cual se deciden las controversias ya por pacto de los mismos litigantes, ya por autoridad del juez”.

La fe que merecía el juramento le venía del alto concepto del honor que se tenía entonces, de la gravedad que para el cristiano revestía el acto de poner a Dios por testigo, y, asimismo, de las penas establecidas contra el perjurio<sup>18</sup>.

### **G. Principio de la triple instancia**

El proceso ordinario, tanto civil como criminal, comprendió tres instancias: la primera, por lo regular ante el alcalde ordinario, teniente letrado u oidor de provincia; la segunda, ante la audiencia, que conocía en grado de vista mediante la interposición del recurso de apelación; y la tercera, ante la misma audiencia, que volvía a conocer en grado de revista, recurso de súplica mediante. Así fue, pero, en tanto que la apelación —y, por ende, el acceso a la segunda instancia— fue reputada un derecho natural, la súplica —y el acceso a la tercera instancia— sólo lo fue real: una merced otorgada graciosamente por el rey.

La segunda instancia se consideró necesaria —como decían las Partidas (III, xxiii, 1)— porque “se desatan los agravamientos que los jueces fazen a las partes tortizadamente, o por non lo entender”, o sea, porque la motivaba una iniquidad o yerro de un juez inferior y “el oficio propio de los reyes —según palabras de San Jerónimo, repetidas por un autor ríoplense de principios del siglo XIX— es hacer juicio y justicia, librar a los oprimidos de la mano del calumniador, y amparar al peregrino, al huérfano y a la viuda contra la violencia de los poderosos”<sup>19</sup>

Ya Ulpiano (D. 49.1.1) había sentado que “nadie hay que ignore cuán frecuente, y cuán necesario, sea el uso de la apelación, porque ciertamente corrige la injusticia o impericia de los juzgadores, aunque a veces reforme en peor las sentencias bien proferidas; porque no siempre falla más bien el último que ha de proferir sentencia”.

Estimada, pues, la apelación como institución favorable, y no odiosa, debía ser siempre concedida, salvo norma expresa en contrario, y respetando el principio de

gradualidad, es decir, que fuese de grado en grado. En la duda, no debía calificarse de “frívola”, sino de legítima y, como tal, ser admitida.

Distinto fue el caso de la súplica. Al juez superior, la real audiencia, que había sentenciado en grado de vista, no se le podía imputar iniquidad; sólo error. “Pero —rezaban las Partidas (III, xxiii, 17)— bien le pueden pedir merced, que vea si ha alguna cosa de enderezar, o de mejorar en aquello que judgo; e que faga y aquello que touiere por bien, e por derecho”. En la práctica, con frecuencia modificaron en grado de revista su anterior fallo. Como la súplica no era considerada una excepción al principio de la triple instancia, no procedía contra tres sentencias conformes.

Efecto connatural de ambos recursos fue el devolutivo, a causa del carácter delegado que tenía toda jurisdicción, a lo menos secular, siendo la fuente el rey. Por lo tanto, al ir de un juez inferior a otro superior y, eventualmente, cuando cabía la segunda suplicación, al mismísimo rey, se le hacía verdadera devolución de la jurisdicción de cuyo ejercicio se había desprendido. En cambio, no siempre tuvieron efecto suspensivo<sup>20</sup>.

## H. Tendencia de dilación

“Nunca pierden las leyes de vista el interesante punto de abreviar la decisión de los pleitos —sentenció el conde de la Cañada—, pero rara vez se conforman las partes con este loable deseo: porque interesándose en la retención de lo que poseen y gozan, resisten por todos los medios posibles llegar a la decisión final, aun cuando conciben su buena causa y derecho, y con mayor razón si desconfían de su vencimiento. Los procuradores y abogados suelen también ayudar a los litigantes en estas dilaciones repitiendo alegaciones officiosas, y llenándolas de discursos legales: porque en uno y en otro hallan su propio interés, y acaso mayor que el que espera lograr el principal litigante.

“Las mismas leyes que conocían por experiencia los graves daños, que por los medios indicados sufría el público, quisieron precaverlos dispensando que no se presentasen más de dos escritos hasta la conclusión de los pleitos: y que si más fuesen presentados no se recibiesen, y que si de hecho se recibiesen se tuviesen por ningunos: y que si alguna probanza se hiciese sobre ello no hiciese fe ni prueba: que en los enunciados dos escritos solamente se pueda poner el hecho de que nace el derecho simplemente en encerradas razones”, añadió<sup>21</sup>.

Se ha señalado, en el caso del Perú que, tras la instancia ante los intendentes y corregidores, se necesitó mucho tiempo y grandes recursos para mandar los autos a Lima. Desde el establecimiento de la Audiencia del Cuzco se disminuyó el mal, mas no desapareció del todo. Después de la decisión de la audiencia, quedaba aún, a veces, el recurso de nulidad o de revisión ante el Consejo de Indias, en cuyo caso los juicios pasaron de generación en generación. “Las causas iban y volvían del Viejo Mundo, en curiosa peregrinación de apelaciones, hasta que terminaban por agotarse la paciencia y los recursos de los litigantes”<sup>22</sup>. Salvo alguna exageración en la presentación del problema, ya que no fue la regla el que los juicios atravesaran tantas veces tantas instancias, la situación descrita puede aplicarse, además a otras provincias.

Aunque se buscó, ante todo, que la justicia presidiese los procesos, no dejó de considerarse los perjuicios que acarreaban la lentitud y extensión derivadas, sobre todo, de la interpretación que se hacía de las leyes y de las propias leyes. En el procedimiento criminal los términos fueron, por lo general, perentorios, exceptuándose las defensas del reo y la actividad del juez. En el civil la regla fue la posibilidad de ampliarlos, un factor que se sumó a la falta de caducidad por el solo transcurso, *ope legis*, y a la consiguiente necesidad de formular cada vez hasta tres acusaciones de rebeldía, con sus correspondientes traslados, para obtener la declaración judicial respectiva. Este conjunto de circunstancias favoreció la morosidad.

### ***3. EL DERECHO PROCESAL HISPANOAMERICANO DESPUÉS DE LA INDEPENDENCIA***

Las normas constitutivas del sistema jurídico castellano-indiano siguieron aplicándose en Hispanoamérica después de la independencia, es claro que ya no como pertenecientes a ese sistema sino al nuevo ordenamiento jurídico nacional. Fue el fenómeno que Bernardino Bravo Lira definió diciendo que “la independencia marca el fin de la época indiana, pero no del Derecho indiano”<sup>23</sup>.

Tanto el Derecho público como el privado supervivieron, subordinados a los nuevos principios políticos y a las leyes patrias. Una de las ramas que tuvo mayor grado de persistencia fue el Derecho procesal, dada su tendencia universal a la rutina, su más fuerte resistencia a los cambios.

Puede afirmarse que el procedimiento hispanoamericano del siglo XIX se diferenció poco del que se había usado hasta entonces, y que las reformas limitadas que

experimentó fueron inspiradas por las doctrinas iluminista y liberal, receptadas — casi siempre— de España, especialmente de las Cortes de Cádiz, aunque también de las obras de los publicistas franceses. Después se sumaron los modelos predilectos: las leyes españolas de enjuiciamiento comercial (1830), civil (1855) y criminal (1872)<sup>24</sup>.

La ilustración y el liberalismo impulsaron las dos reformas más trascendentales que se intentaron desde los primeros años, ambas referidas al procedimiento criminal. Hablo de la declaración de los derechos y garantías de la seguridad personal<sup>25</sup>, apoyada por el voto unánime, y la implantación del juicio por jurados, resistida, la mayoría de las veces con éxito, por los sectores tradicionales<sup>26</sup>.

Ilustrados españoles como Manuel de Lardizábal, Juan Pablo Forner, Valentín de Foronda y Juan Meléndez Valdés, basados en autores como Montesquieu y Beccaria, trazaron como nueva función del proceso la defensa del inocente frente al poder punitivo del Estado. De ideas como éstas, plasmadas en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, se siguió que el acusado de un delito tenía que presumirse inocente, y merecer toda clase de consideraciones, mientras en un justo proceso no se demostrara lo contrario y lo declarase culpable una sentencia fundada en ley<sup>27</sup>.

La presunción de inocencia fue acompañada del principio de legalidad (“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”); prohibición del arresto y allanamiento del domicilio y la correspondencia, sin orden judicial motivada, puesta inmediata del detenido a disposición de su juez natural; limitación de la incomunicación; y afirmación del principio de que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo, con sus consecuencias, la prohibición del juramento y del tormento en relación con la confesión.

No hay que creer, empero, que a la inclusión de esas declaraciones de derechos y garantías en los tempranos documentos constitucionales le haya seguido, *ipso facto*, su vigencia. Por lo general, no sucedió así. Llevar a la práctica los principios fue el resultado de un largo proceso, que según la nación de que se trate insumió más o menos tiempo.

El juicio criminal por jurados despertó un gran fervor ideológico, por haber sido considerado la más genuina expresión de la soberanía del pueblo en el ámbito del poder judicial. Pero ese mismo sustento teórico, y no empírico, fue lo que provocó la firme resistencia de los grupos tradicionales vinculados a la administración de justicia. La oposición a que recayera en jurados populares, en forma inapelable, la

apreciación de los hechos delictivos y el juicio de culpabilidad o inocencia de los imputados, no llegó al extremo de negarse los aspectos positivos de la institución, como el juicio oral y la prueba pública, que se estimaron compatibles con la justicia letrada que se quería preservar.

Las mayores críticas formuladas contra el sistema inquisitivo apuntaban al secreto que lo rodeaba y a las amplísimas atribuciones que concedía al juez. Por lo tanto, la nueva tendencia fue a la publicidad del procedimiento y al recorte de las atribuciones<sup>28</sup>. El avance fue lento. La publicidad de la instrucción o sumaria no pasó de ser una expresión de deseos. Luego, se propuso sólo la del plenario. La producción pública de la prueba testimonial resultó ser un objetivo más accesible.

Además de la crítica implacable contra el arbitrio judicial, una de cuyas consecuencias fue el deber de fundamentar las sentencias en ley<sup>29</sup>, un medio para reducir los poderes del juez fue dividir los que hasta entonces había ejercido uno entre dos: un juez instructor, encargado de la sumaria, y un juez de sentencia, del plenario<sup>30</sup>.

Si en materia criminal la tendencia fue restrictiva, en materia civil fue inversa. Se procuró, con los mayores poderes directivos del juez, eliminar la mala fe de los litigantes, abreviar los trámites y asegurar la justicia de la sentencia.

Tendencias reformistas del siglo XIX fueron, también, la preferencia por la conciliación y el arbitraje, considerados medios mejores de administrar justicia que el procedimiento formal en el caso de disputas civiles y sobre injurias<sup>31</sup>, y la búsqueda de la celeridad, apelando para ello a una serie de expedientes: limitación de las instancias a sólo dos, concentración de trámites (deducción conjunta de varias acciones y de todas las excepciones de igual clase, interposición del recurso de nulidad con el de apelación), unificación de la representación en caso de litisconsorcio, presentación de un escrito por parte para cada cuestión, acusación única de rebeldía, fatalidad de los términos, sustanciación de los incidentes en piezas separadas, admisión de la confesión ficta, supresión de la mejora de la apelación<sup>32</sup>.

Como se habrá advertido, los cambios operados fueron parciales. No llegaron a afectar la estructura del procedimiento castellano-indiano, que continuó siendo acusatorio en lo civil e inquisitivo en lo penal. De haber prosperado todos los proyectos de juicio por jurados, entonces sí se habría producido una modificación profunda a nivel regional. Mas ya quedó dicho que su éxito fue escaso y que la administración de justicia siguió corriendo por los carriles tradicionales<sup>33</sup>. □

## Notas

- 1 *Fernando Arvizu y Galarraga, "Especialidades procesales de la Recopilación Indiana", Revista de la Facultad de Derecho de México, 101-102, México, UNAM, 1976, pp. 23-61.*
- 2 *Antonio Pérez Martín, El Derecho procesal del "Ius Commune" en España, Murcia, Universidad de Murcia, 1999. El proceso altomedieval había sido indiferenciado, igual para lo civil que para lo criminal. Sus características eran: la naturaleza privada: el compromiso que asumían las partes de comparecer en un plazo determinado ante el tribunal; la fianza que debía prestar el emplazado para garantizar su comparecencia y el cumplimiento de lo juzgado; la sentencia de prueba, con la que concluía la jurisdicción del juez; y las pruebas ordálicas.*
- 3 *José Maldonado y Fernández del Torco, "Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español", Anuario de Historia del Derecho Español, XXIII, Madrid, 1953, pp. 473 y 478, nota 63.*
- 4 *José Márquez de la Plata, Buenos Aires, 23/5/1789 y 10/5/1785, respectivamente, Abelardo Levaggi, El virreinato rioplatense en las vistas fiscales de José Márquez de la Plata, Buenos Aires. UMSA, 1988, II, p. 457. y I, p. 98, respectivamente.*
- 5 *Juan Montero Aroca, La herencia procesal española, México, UNAM, 1994, pp. 75-76.*
- 6 *Carlos Ferres, Época colonial. La administración de justicia en Montevideo, Montevideo, A., Barreiro y Ramos, 1944, p. 80.*
- 7 *Semejante a ésta es la ley V, x. 10.*
- 8 *Ferrez, Op. Cit., pp. 141-142.*
- 9 *Buenos Aires, 31/3/1803. Levaggi, El virreinato..., III, p. 1082*
- 10 *Buenos Aires, 26/10/1788. Idem, I, p. 421.*
- 11 *Conde de la Cañada, Instituciones prácticas de los juicios civiles, así ordinarios como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan, y acaban en los tribunales reales, 2ª. Edic., I, Madrid, 1794, pp. 157-158.*
- 12 *Montero Aroca, Op. Cit., p. 60.*
- 13 *María Paz Alonso Romero, El proceso penal en Castilla (Siglos XIII-XVIII), Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982, pp. 73,86,100 y 163. Ver. además: Francisco Tomás y Valiente, El Derecho penal de la monarquía absoluta (Siglos XVI-XVIII), Madrid, Tecnos, 1969; y Luis de las Heras Santos, La justicia penal de los Austrias en la Corona de Castilla, Salamanca, Universidad de Salamanca, 1991.*
- 14 *Gonzalo Martínez Diez "La tortura judicial en la legislación histórica española", Anuario de Historia del Derecho Español, XXXII, Madrid, 1962, pp. 223-300; y F. Tomás y Valiente, La tortura en España, Estudios históricos, Barcelona, Ariel, 1973.*
- 15 *"Tratado de Antonio de la Peña", Manuel López-Rey y Arrojo, Un práctico castellano del siglo XVI (Antonio de la Peña), I, Madrid, 1935, pp. 52-55.*

## LA FORMACIÓN DEL DERECHO PROCESAL INDIANO Y SU INFLUENCIA...

- 16 Santiago-Gerardo Suárez. Los fiscales indianos. Origen y evolución del ministerio público. Caracas. Academia Nacional de la Historia. 1995. pp. 42-43. Ver: Fernando de Arvizu Galarraga. "El fiscal de la audiencia en Indias y su paralelo castellano (Siglos XVI y XVII)". Poder y presión fiscal en la América Española (Siglos XVI, XVII y XVIII). Valladolid. Universidad de Valladolid. 1986. pp. 203-233.
- 17 Manuel Genaro de Villota, Buenos Aires, 29/1/1801. A. Levaggi, Los escritos del fiscal de la Audiencia de Buenos Aires. Manuel Genaro de Villota, Buenos Aires. FECIT-CONICET. 1981. pp. 140-141
- 18 A. Levaggi. Historia de la prueba en el proceso civil indiano y argentino (Siglos XVI a XIX), Buenos Aires, Depalma, 1974, passim. Opúsculo.
- 19 Francisco Bruno de Rivarola, Religión y fidelidad argentina, Buenos Aires, Instituto de Investigaciones de Historia del Derecho. 1983. p. 279.
- 20 A. Levaggi. "El recurso de apelación en el Derecho indiano", Revista de Historia del Derecho. 12 Buenos Aires. 1984, pp. 171-198. Ver: Susana Aikin Araluce, El recurso de apelación en el Derecho castellano, Madrid, Reus, 1982.
- 21 C. de la Cañada. Op. Cit. 1. p. 77.
- 22 Percy Mac Lean Estenos. "Historia del Derecho procesal en el Perú". Revista de Derecho Procesal. año III (1945). 1ª parte, Buenos Aires, p. 243.
- 23 Bernardino Bravo Lira, "El Derecho indiano después de la Independencia en América Española: legislación y doctrina jurídica", Historia. 19. Santiago de Chile, 1984. p. 5. y con algunos cambios. en Bravo Lira. Derecho común y Derecho propio en el Nuevo Mundo, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile. 1989. p. 313.
- 24 Juan Sañiz Guerra, La administración de justicia en España. 1810-1870 Madrid. EUDEMA. 1992
- 25 Para antecedentes medievales de las garantías modernas ver: José Antonio Maravall. Estado moderno y mentalidad social. Siglos XV-XVII, ii, Madrid. Revista de Occidente. 1972. pp. 430-438.
- 26 A. Levaggi, "El juicio por jurados en la Argentina durante el siglo XIX", Revista de Estudios Histórico-Jurídicos. VII, Valparaíso. 1982. pp. 175-218.
- 27 Alonso Romero. Op. Cit., p. 323.
- 28 B. Bravo Lira. "Arbitrio judicial y legalismo. Juez y Derecho en Europa continental y en Iberoamérica antes y después de la codificación", Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene". 28. Buenos Aires. 1991. pp. 7-22.
- 29 Carlos Garriga y Marta Lorente. "El juez y la ley: la motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, 1. Madrid, 1997, pp. 97-142; A. Levaggi. "La fundamentación de las sentencias en el Derecho indiano". Revista de Historia del Derecho. 6. Buenos Aires. 1978. pp. 45-73; Hugo Hanisch Espíndola. "Contribución al estudio del principio y de la práctica de la fundamentación de las sentencias en Chile durante el siglo XIX" Revista de Estudios

- Histórico-Jurídicos, vii. Valparaíso, 1982. pp. 131-173; y Víctor Tau Anzoátegui. "Los comienzos de la fundamentación de las sentencias en la Argentina". Revista de Historia del Derecho, 10, Buenos Aires, 1982. pp. 267-371.
- 30 A. Levaggi. "Primeras tendencias del procedimiento criminal argentino", Un <Codice Tipo> di Procedura Penale per l'America Latina. Congresso Internazionale. Roma, 11-13 settembre 1991. Relazioni e comunicazioni, iii. Consiglio Nazionale delle Ricerche. Pregetto Italia-America Latina. pp. 561-577.
- 31 Antonio Merchán Álvarez, El arbitraje. Estudio histórico-jurídico, Sevilla, Universidad de Sevilla, 1981; y Antonio Dougnac Rodríguez, "La conciliación previa a la entrada en juicio en el Derecho patrio chileno", Revista de Estudios Histórico-Jurídicos, XVIII, Valparaíso, 1996. pp. 111-168.
- 32 A. Levaggi. "Principios decimonónicos del proceso civil en el extremo sur de Hispanoamérica". Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene", 32, Buenos Aires, 1996. pp. 47-70.
- 33 Referencias al desarrollo del procedimiento civil y penal en el Perú independiente. en Mac Lean Estenós, Op. Cit., pp. 244-268.