

LA TEORÍA DEL *CONSTARE DE DELICTO* EN EL PROCESO INQUISITORIAL ITALIANO

ROBERTO HERNÁNDEZ MARTÍNEZ*

A la memoria de mi padre Roberto Hernández Badillo y de Bernardo Tirado Gutiérrez.

Resumen

Comprender el *corpus delicti* es esencial en el proceso penal mexicano. Desde un punto de vista legal constituye uno de los requisitos constitucionales para poder procesar a una persona. En la práctica su utilidad se extiende a todos los actos procesales más trascendentales sobre la libertad de una persona. Sin embargo, en nuestro ámbito se desconoce el desarrollo del concepto. La denominada teoría del *constare de delicto* fue la primera etapa de dicho desarrollo. El autor traza un bosquejo de esta teoría, su funcionalidad y sus problemas. Lo anterior con la finalidad de replantear la exigencia del *corpus delicti* en el proceso penal mexicano.

To understand the *corpus delicti* is essential in the Mexican criminal trial. From a legal point of view it constitutes one of the constitutional requirements to institute of proceedings. On the practice the utility extends to all the more transcendental legal trial acts, about personal release. However, in our environment the development of the concept is unknown. The denominated theory of *constare de delicto* was the first stage of this development. The author draws up an idea of is theory, its functionality and its problems. The previous have the purpose to emphasizes the demand of the *corpus delicti* in the Mexican criminal trial.

I. Introducción

Uno de los principales antecedentes del juicio de tipicidad y el cuerpo del delito es la teoría del *constare de delicto* del proceso inquisitorial italiano.

* Abogado litigante.

Estimo importante dar a conocer esta teoría, ya que a mi parecer existe una gran confusión dentro de nuestro ámbito sobre el significado del *corpus delicti*.

Al formar parte la teoría del *constare de delicto* de una investigación más amplia en curso existe la posibilidad de ampliaciones o modificaciones en algunos aspectos.¹

II. La teoría de *constare de delicto* del proceso inquisitorial italiano.

... Con todo, no es posible negar la importancia del proceso evolutivo en la Edad Media y en el Derecho Común para el pensamiento jurídico penal de hoy: lo que enseñaron los escritores de Italia y en parte también los juristas de la época que sigue, es aún hoy valioso para la comprensión dogmática de la ley penal y tesoro de recia experiencia jurídica...²

Como afirma Bunster corresponde a Farinaccio (1544-1616) bautizar el fenómeno de *constare de delicto* como *corpus delicti*.³ Con anterioridad a Farinaccio la institución mencionada fue paulatinamente desarrollada por glosadores y prácticos italianos, para comprender este desarrollo es necesario exponer: 1. La recepción de la jurisprudencia romana en la Baja Edad Media (*Corpus Iuris Iustiniano*). 2. La elaboración del *Corpus Iuris Canonici*; 3. La formación del *ius commune* y su aplicación en los tribunales italianos.

1. La recepción de la jurisprudencia romana en la baja Edad Media

“Al menos los glosadores obtuvieron el reconocimiento del derecho romano como derecho de valor universal y subsidiario al lograr convencer de su carácter iusnaturalísticamente justo y sobre todo sentaron los cimientos de la ciencia jurídica occidental.”⁴

La leyenda menciona que aproximadamente en el año de 1090 Irneo descubrió en la Biblioteca de Pisa dos tomos del Digesto de Justiniano

¹ Cualquier comentario sobre el concepto del cuerpo del delito pongo a disposición el correo electrónico robertohernan21@hotmail.com

² Mezger, Edmundo. *Tratado de Derecho penal*. Tomo I. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid 1946. Editorial *Revista de Derecho Privado*, p. 53.

³ Bunster, Alvaro. *Reformas Penales*, en las Reformas penales de los últimos años en México (1995–2000) Primeras jornadas sobre justicia penal. Coordinadores Sergio García Ramírez y Leticia A. Vargas Casillas. México 2001. Ed. Universidad Autónoma de México, p. 19.

⁴ Casinos Mora, Francisco Javier. *Nueve siglos de romanismo jurídico*. *Rivista di Diritto Romano* II, 2002, p. 358. <http://www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/allegati/dirittoromano02casinosmora.pdf>

no,⁵ con posterioridad fue recuperando todo el *Corpus Iuris Iustiniano*. Lo relevante es que a partir del siglo XI renació un interés por la jurisprudencia romana de enorme trascendencia, que revitalizó la cultura jurídica primero en Italia y posteriormente en toda Europa.

Este redescubrimiento permite la instauración del *Studium* en Bolonia, dando origen a la escuela de los glosadores (siglos XI a XIII).

El método de los glosadores fue el “método escolástico”, en el cual están unidos fe y razón. Así los glosadores ante el Digesto tomaron una posición parecida a la que tenían los canonistas ante la Biblia, considerando sagrado el texto, el Digesto era una *ratio scripta*. Se omitía estudiar su origen histórico o criticarlo. La finalidad del análisis era la determinar el significado del texto, buscando su entendimiento. Para lograrlo recurrieron a la gramática y la lógica aristotélica. Así realizaron distinciones y subdistinciones, divisiones y subdivisiones eliminando las antinomias y procurando la armonización del texto.

Los autores realizaban glosas, que eran comentarios explicando el texto Justiniano, en un principio las glosas eran entre renglones y después se extendieron a los márgenes. Este método los condujo a los principios, la síntesis de ideas y la unidad del texto, se afirma que:

El trabajo de los glosadores fue filológico y exegético, es decir se limitó a explicar y a interpretar el lenguaje y contenido de los textos romanos, especialmente el Digesto. Como escuela exegética nunca buscó ninguna interpretación que fuera más allá del texto, y, por supuesto, jamás intentó crítica alguna al mismo. La función principal de la Glosa fue armonizar las contradicciones del *Corpus Iuris Civilis*, llenar las lagunas y lograr una interpretación única de sus instituciones, congruente con el pensamiento de la época. Esto era necesario, dada la naturaleza del pensamiento autoritario. Lo que la escuela de los glosadores trató de dar a sus contemporáneos fue una obra de autoridad, coherente, total, armónica. De ahí que la interpolación no haya sido producto de una labor crítica, sino un intento de armonizar el texto, que debe quedar exento de contradicciones y lograr la mayor congruencia posible. Solo un texto unitario y libre de contradicciones se puede imponer como verdad no sujeta a crítica y fuente segura de conocimiento.⁶

Los estudios de los glosadores del *Corpus Iuris Iustiniano* permitieron a las autoridades un discurso justificatorio del poder imperial y la posibili-

⁵ Respecto a este mito ver Guillermo F. Margadant en *La segunda vida del Derecho romano*, p. 89. <http://www.bibliojuridica.org/libros/2/553/9.pdf>

⁶ Fuentes López, Carlos. *El racionalismo jurídico*. México 2003. Ed. Universidad Autónoma de México, pp. 47 y 48.

dad de contar con un derecho homogéneo necesario para regular las relaciones entre los pueblos.

Antes de los glosadores el proceso criminal era un proceso basado especialmente en la costumbre de cada comunidad, generalmente concebido como un proceso acusatorio, en que la autoridad era un espectador más, casi todas las pruebas, si de algún modo hay que denominarlas, eran las ordalías. Los glosadores revitalizan la utilización del Derecho romano, que era reglado y en el cual el Emperador era el centro del poder estatal.

2. La elaboración del Corpus Iuris Canonici

... no será posible tener acabado conocimiento de la filiación histórica ó evolución de nuestro derecho patrio sin conocer el Derecho canónico, su historia, sus relaciones con el civil, sus principios y dogmas fundamentales y su bibliografía.⁷

Desde su inicio la Iglesia Católica sostuvo su competencia para juzgar a sus miembros, justificada en el Nuevo Testamento en Mateo 18, 15–18, Hechos 5, 1–11, la Primera Epístola de San Pablo a los Corintios 5, 1-5; 6, 1–6:

A pesar de lo anterior, existió un período prolongado en que la justicia de la Iglesia Católica no tuvo relevancia a causa de ser eminentemente conciliadora (permitiendo con ello una gran libertad en el desarrollo del proceso) y la multiplicidad de normas que se estimaban aplicables (Santa Biblia, Constituciones Apostólicas, Cánones de diferentes regiones, Concilios, Collectio de diferentes regiones, las capitulares, etc.).

Pero a mi parecer la causa principal de su falta de relevancia es que fue hasta 1075, cuando el Papa Gregorio VII comienza a revertir el orden que existía anteriormente y proclama la independencia del orden eclesiástico de la ingerencia de los laicos. Dando origen a una confrontación entre seguidores del papado y el Sacro Imperio Germano resuelta hasta el 23 de septiembre de 1122, con el concordato de Worms celebrado entre el Papa Calixto II y Enrique V de Alemania, donde se reconoce la separación de los dominios de la Iglesia (*sacerdotium*) y del Estado (*regnum*).

En el año de 1140 se publica *Concordia Discordantium Canonum* o más comúnmente llamado *Decretum Gratiani*, debido al monje y maestro en Teología en Bolonia, Juan Graciano. La finalidad de la obra fue la de

⁷ Pallares, Jacinto, *Curso completo de derecho mexicano ó exposición filosófica, histórica y doctrinal de toda la legislación mexicana*, México, Imprenta, Litografía y Encuadernación de I. Paz, 1901, Tomo II, p. 347. Se utilizó la edición facsimilar publicada en México por el Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal en 1992.

recoger todos los textos de la Iglesia Católica y dotarlos de unidad, buscando una interpretación sistemática, general y homogénea (método escolástico). A pesar del carácter privado de la labor realizada por Graciano, la misma adquirió gran trascendencia primero en la Iglesia y después en toda Europa.

El método fijado por Graciano posteriormente fue seguido por los Papas, desarrollándose una interpretación sistemática y coherente en las Decretales.⁸ La reunión de estas últimas y el *Decretum Gratiani* fue el origen del Derecho canónico⁹ o *Corpus Iuris Canonici*.

El *Corpus Iuris Canonici* fue adquiriendo relevancia a la par del *Corpus Iuris Iustiniano* y ambos marcaron la ruta bajo la cual se desarrollaría el proceso criminal, dando origen a diversas instituciones que lo transformarían.

Es importante resaltar que el *Corpus Iuris Canonici* regula dos tipos de proceso, acusatorio e inquisitivo. Siendo este último el que tuvo mayor trascendencia en nuestro tema.

En efecto, el proceso canónico inquisitivo presenta una línea de continuidad a partir de las Decretales expedidas por los Papas Inocencio III (1198–1216), Gregorio IX (1227–1241) e Inocencio IV (1243–1254).¹⁰

Inocencio III se ocupó del proceso inquisitivo en las Decretales denominadas *Licet Heli* (1199), *Supor his* (1203), *Pur tuas* (1204), *Cualester y cuando* (1206) e *Inquisitionis* (1212). Dicha labor influyó en el IV Concilio de Letrán (1215).¹¹

La finalidad del proceso inquisitorial canónico fue el intento de control social del Papa sobre su grey. Al Papa correspondía *la función de asegurar la paz, protección y disciplina, y el mantenimiento de los principios básicos sobre los que se asentaba la Iglesia*.¹²

Para cumplir con esta misión se recurrió a la *inquisitio* o indagación, procedimiento utilizado en Alto Medio Evo, a este respecto Foucault escribe:

⁸ *Compilatio I antiqua* (1191). *Compilatio II antiqua* (1210-1212). *Compilatio III antiqua* (1210). *Compilatio IV antiqua* (1215-1216). *Compilatio V antiqua* (1226). Hasta llegar a la oficial "Decretales" de Gregorio IX (1234).

⁹ Para diferenciar al ordenamiento de la Iglesia del secular o romano se denominaba cánones a las leyes establecidas por los Papas y los Sínodos, de ahí el nombre de Derecho canónico.

¹⁰ Gargani, Alberto. *Dal corpus delicti al Tatbestand. Le origini della tipicità penale*. Italia 1997. Ed. Giuffrè Editore, p. 162.

¹¹ Chioldi, Giovanni. *Lezioni sul processo penale medievale e moderno. Appunti per i frequentanti del corso di diritto comune 2003-2004*. Ubicado en internet, sin volver a encontrar la referencia.

¹² Alonso Romero, María Paz. *El proceso penal en Castilla. Siglo XIII-XVIII*. España 1982. Ediciones Universidad de Salamanca, p. 17.

En efecto, en la Iglesia merovingia y carolingia, correspondiente a la alta Edad Media, se practicaba la indagación... Esta forma espiritual y esencialmente religiosa de la indagación eclesiástica existió durante toda la Edad Media y fue adquiriendo funciones administrativas y económicas. Cuando la Iglesia se convirtió en los siglos X, XI y XII, en el único cuerpo económico, político coherente de Europa; la inquisición eclesiástica fue al mismo tiempo indagación espiritual sobre los pecados, faltas y crímenes cometidos, e indagación administrativa sobre la manera en que eran administrados los bienes de la Iglesia, cómo se reunían los beneficios, cuánto se acumulaba y cuánto se distribuía, etc. Este modelo al mismo tiempo religioso y administrativo de la indagación subsistió hasta el siglo XII, cuando el Estado naciente o incluso antes, la persona del soberano que surgía como fuente de todo poder, pasa a confiscar los procedimientos judiciales. Estos procedimientos judiciales en adelante no pueden funcionar de acuerdo con el sistema de la prueba. ¿Cómo hará pues el procurador para establecer si alguien es o no culpable? El modelo —espiritual y administrativo, religioso y político, manera de gestionar, vigilar y controlar las almas— se encuentra en la Iglesia: indagación entendida como mirada tanto sobre los bienes y las riquezas como sobre los corazones, los actos, las intenciones, etc. Este es el modelo que será recobrado en el procedimiento judicial. El procurador del rey hará lo mismo que los visitantes eclesiásticos en las parroquias, diócesis y comunidades: procurará establecer por inquisitivo, por indagación, si hubo crimen, cuál fue y quién lo cometió.¹³

En el inicio del proceso inquisitivo fue concebido como una excepción a la regla que continuaba siendo el proceso acusatorio; sin embargo, al transcurrir el tiempo, el inquisitivo fue adquiriendo preferencia hasta que desapareció el acusatorio. La razón de esto fue que en la práctica el inquisitivo tuvo *carácter ordinario, pues aparecía como el medio más eficaz para limpiar a la ciudad de malos hombres*.¹⁴

Sin pretender analizar en profundidad la influencia del Derecho canónico en el proceso penal, se puede afirmar como lo hace Schima:

El proceso enseñado por legistas y canonistas y al que han contribuido a desarrollar las decretales papales... se ha convertido en la única base homogénea de los modernos ordenamientos procesales europeos.¹⁵

Esta afirmación se corrobora en el caso de la teoría del *constare de delicto*, los canonistas marcaron el camino por el cual fueron desarrollan-

¹³ Foucault, Michel. *La verdad y las formas jurídicas*. Trad. Enrique Lynch. México 1988. Ed. Gedisa, pp. 80 y 81.

¹⁴ Manzini, Vicenzo. *Tratado de derecho procesal penal*. Tomo I. Trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Redín. Argentina 1951. Ediciones jurídicas Europa-América, p. 51.

¹⁵ Citado por Gerhard Walter en *Libre apreciación de la prueba*, trad. de Tomás Banzhaf, Colombia 1985, ed. Temis, S. A., p. 27.

do los prácticos italianos la teoría mencionada. Para efectos del análisis es pertinente destacar las tres aportaciones del Derecho canónico, que fijaron la ruta de la teoría que nos ocupa y que fueron:

- a) La sustitución del principio *nemo iudex sine actore* (no existe juez sin actor) por el principio *et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita* (es interés público, que los maleficios no permanezcan impunes). La percepción de considerar torpe e ilícito juzgar sin acusación fue sustituida por el interés público de castigar la comisión de los maleficios. No se desconoce los antecedentes que de la misma existían en la jurisprudencia romana y en algunas comunidades medievales, sin embargo, corresponde a los Papas ser los principales promotores del procedimiento de oficio y dentro de ellos a mi parecer el más significativo es Inocencio III.

El pretexto para su instauración parece ser que fue el robo de unas vestimentas del Papa Alejandro III por unos clérigos, ocurrido en el Reino de Hungría. Dicho robo llegó a los oídos de Inocencio III, quien a través de la decretal denominada *Inauditum*, del 4 de febrero de 1199, exigió al Rey Húngaro que tomará acción contra los ladrones, así señaló:

*Quia vero graviter peccant et qui loquitur mendacium et qui subticet veritatem, et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita, magnificentiam tuam rogamus attentius per apostolica scripta mandantes...*¹⁶

- b) El reconocimiento del *Ordo Iudicarius*.¹⁷ La costumbre de cada Ciudad era la que regía el procedimiento criminal en la Alta Edad Media; en una frase afortunada se describe dicho periodo como *una edad sin juristas*.¹⁸ En el *Corpus Iuris Canonici* se retoma el *Ordo Iudicarius* asumiendo las reglas y normas de la jurisprudencia romana y se justifica la utilización del procedimiento romano en la misma Biblia.

En efecto, el establecimiento del *Ordo Iudicarius* se fundamenta en el juicio de Adán. Así el cuestionamiento de Dios hacia Adán sobre el con-

¹⁶ Kenneth Pennington en *Innocent III and the Ius Commune*, <http://faculty.cua.edu/pennington/Medieval%20Papacy%20InnocentIuscom.htm> y además en <http://classes.maxwell.syr.edu/his311/Maxims1.html>

¹⁷ Antes de 1141 Bulgarus escribió un corto *Ordo* para un canciller papal, en donde resumía las reglas del procedimiento, lo anterior derivado de sus estudios del *Corpus Iuris Iustiniano*. Citado por Kenneth Pennington en *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo Iudicarius*. <http://faculty.cua.edu/Pennington/Law508/procedure.htm>

¹⁸ Frase de Manlio Bellomo citada por Kenneth Pennington. *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo Iudicarius*. <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/procedure.htm>

sumo de la fruta del árbol prohibido fue calificado como la *actio*. La respuesta de Adán confesando y justificando su acción como la *exceptio*. Después de escuchar a Adán y a Eva, Dios dicta una sentencia sobre su conducta consistente en su expulsión del paraíso. Lo que justificaba la aplicación del *Ordo Iudicarius*.

- c) Una de las consecuencias del reconocimiento del *Ordo Iudicarius* fue la sustitución del sistema probatorio. En efecto, la Iglesia siempre se opuso a las ordalías pero fue hasta el IV Concilio de Letrán (1215) cuando se prohibió a los clérigos a participar en ellas como se establece en el canon décimo octavo.

Es conveniente recordar que las Ordalías fueron procedimientos para obtener la inocencia o culpabilidad de un individuo supuestamente con la intervención directa de Dios, y cuya justificación también se encontró en la Biblia.¹⁹ Así en el duelo, la cruz, el hierro caliente, el agua caliente o fría, el bocado bendito, etc.²⁰ presuponían que Dios no permitiría el castigo de un inocente. Sin embargo, al justificarse la aplicación del *Ordo Iudicarius* en el primer juicio de Dios, resultaban inaplicables las ordalías.

Así, cualquiera que fuera la naturaleza del proceso canónico (acusatorio o inquisitivo) se reguló con minuciosidad el procedimiento probatorio con la pretensión de evitar la arbitrariedad del juzgador. München escribe acerca de lo anterior:

Convicción es la determinación de tener cierto y por ende es siempre un estado subjetivo, para crear el cual concluyen sensiblemente las inclinaciones, los sentimientos y las imaginaciones del juzgador. Más no es esa convicción subjetiva tan bien en cuanto a su origen y a sus causas, la que ha de interesar a quienes buscan lo justo y la potestad suprema que los ampara; a estos les tiene que interesar una convicción sea objetiva tanto por su origen como por su especialidad toda, tal como surge del claro y nítido conocimiento de las condiciones dadas en el ser humano pensante y de juicio moral libre. La subjetividad en las sentencias es el escollo más peligroso que amenaza a la justicia y, por consiguiente, una de las tareas prioritarias de la legislación ha de consistir en excluirla, en lo posible, del procedimiento judicial. Ella hace necesarias disposiciones muy precisas no solo acerca de lo que podrá valer como prueba y como motivo para tener algo por cierto, sino también sobre la manera en que tiene que ser obtenido, o sobre cómo se ha de poner manos a la obra y proceder para su determinación, a fin de que pueda valer como tal.²¹

¹⁹ Números 5, pp.12-31.

²⁰ También se establecía el juramento, sin embargo el anterior no era verdaderamente un juicio de Dios, sino más bien la idea de que más temprano o tarde Dios lo castigaría por su perjurio.

²¹ Citado por Gerhar Walter *op. cit.* pp. 41 y 42.

Se reguló todo el procedimiento probatorio, esto es cuales eran admisibles, su desahogo y valoración.

En el Derecho canónico es la primera ocasión que se aborda el problema del *notorium*, que si bien no debemos considerar como un medio de prueba propiamente dicha, también es que los canonistas discurrían que la misma tornaba superfluo todo tipo de prueba. A través del *notorium* se afirmaba como cierto un hecho imposible de negar por el juez y las partes. El hecho estaba probado plenamente.

La naturaleza de la confesión fue muy discutida, su regulación se establecía en el libro Segundo del título XVIII denominado *De confessis* de las Decretales de Gregorio IX y las pruebas fueron reguladas en el mismo libro pero en los títulos XIX a XXIII, denominados respectivamente *De probationibus*, *De testibus et attestationibus*, *De testibus cogendis vel non*, *De fide instrumentorum* y *De praesumptionibus*. De lo que se colige que su ubicación era anterior a las pruebas, por lo que una de las posiciones consideraba a la confesión como una excepción a la acusación y otra posición le reconocía su carácter de medio probatorio. Paz Alonso señala:

Al margen de ella, y cualquiera que fuera su naturaleza intrínseca, el hecho es que los efectos de la confesión hecha en juicio se equiparaban a los de pruebas válidas. De este modo, sino por su naturaleza y por el momento procesal en que se plantea, sí al menos por sus efectos, se considera como una prueba. Esta asimilación entre confesión y pruebas válidas, a juicio de Salvioli, dio lugar a que algunos autores hiciera de la confesión la "optima regina probationum."²²

Las Decretales no eran claras respecto a la posibilidad de obtener la confesión a través de la tortura, María Paz Alonso Romero escribe:

Por una parte se dice, en c.12,X,V,1, que si los jueces "pudieren saber por su confesión sin premia fecha e sin fuerca, o fuer en otra manera provado en iuzio...", condenen al inculpado. Por otra, hay dos disposiciones en que de algún modo se habla de torturas o coacciones sobre el reo: la primera prohíbe la iniciación del procedimiento sobre la base del tormento inferido al mismo; la segunda entra en el ámbito civil y está en conexión con la inexistencia de una ejecución patrimonial forzosa. Sin embargo, ambas son interesantes para comprobar la existencia de coacciones dentro del proceso canónico, y aunque no se alude expresamente al tormento como medio de forzar la confesión, la exigencia contenida en ese otro capítulo de que ésta sea libre y espontánea, parece aludir implícitamente a una aplicación de la tortura por la vía de hecho a las que se trata de poner freno.²³

²² Alonso Romero, María Paz, *op. cit.*, p. 18.

²³ *Op. cit.*, p. 19.

Sin embargo, la tortura como método para obtener la confesión fue introducida al proceso canónico por Inocencio IV en la *Decretal Ad Extirpanda*, en 1252.

La testimonial, cuya trascendencia fue capital en el proceso canónico, en su regulación se tomó como base la misma Biblia, considerándose pasajes de la Biblia tanto del Antiguo Testamento de los libros de Números 35:30, Deuteronomio 19:15 y Reyes 21:10 como del Nuevo Testamento Mateo 18-16, Juan 8:17, Timoteo 5:19 y Hebreos 10:28. Prueba regulada con sumo cuidado en los títulos XX y XXI del libro segundo de las Decretales de Gregorio IX, estableciéndose las incapacidades para ser testigo, la obligación para declarar, el número de testigos suficientes para llegar al convencimiento, la calidad de los testigos, la contradicción de los mismos, etc.

Igualmente las documentales fueron reguladas en el título XXII de dichas Decretales. Por ejemplo para que tuviera fuerza probatoria se requería la firma de tres testigos, de escribano público o sello auténtico.

También se reguló la prueba presuncional, justificándose su utilización con el juicio de Salomón 3:16 y se regularon diversas presunciones. Sin embargo, esta prueba carecía de valor suficiente para condenar.

Como se ha afirmado el sistema probatorio regulado por las Decretales de Gregorio IX es considerado como legal o tasado, consistente en circunscribir la actividad probatoria del juez a la realización de una serie de formalidades en el procedimiento probatorio (admisión, deshogo y valoración de pruebas). Con dicho sistema se pretendía, sin lograrse, proteger a los reos sobre los poderes ilimitados del inquisidor.

En las Decretales se regularon todavía diferentes tipos de proceso, explicaremos dichos procesos.

A. *El proceso acusatorio*

Que giraba en torno al principio de *nemo iudex sin actore*. Iniciando con la presentación de la acusación que debía contener la *inscriptio* (la obligación del acusador de sufrir la pena solicitada para el acusado, en caso de que no la probara). El juez verificaba la legitimidad del acusador y el cumplimiento de la inscriptio, en caso contrario no procedía la misma.

Posteriormente el juez fijaba un plazo para que el acusado respondiera. Antes del cumplimiento del plazo el acusado podía interponer excepciones, reconociéndose de dos tipos las dilatorias (incompetencia o recusación del juez) y las perentorias (falsedad de pruebas, excomunión del acusador, etc.).

El acusado podía allanarse a la acusación o negarla. En el caso de que se negara la acusación se fijaba la *litis* y se abría la fase probatoria, bajo las reglas que ya se han señalado.

La condena se dictaba si existían pruebas suficientes y aparentemente la absolución, si no las había o el acusado hubiera podido probar su inocencia. La absolutoria daba origen a que se aplicará al acusador la pena por el pretendida (*inscriptio*).

Sin embargo, como otra categoría en el proceso canónico que originaba la aplicación de sanciones, que posteriormente influiría en el proceso inquisitivo, se facultaba al inquisidor a imponer una sanción por la posibilidad (probabilidad) de ser culpable. Esto es en el caso de que no hubiese prueba plena de culpabilidad pero si algunas presunciones, se podía imponer una penitencia. Por lo tanto, existía una tercera categoría que era la probabilidad de culpabilidad a la que se podía llegar por presunción, por la *diffamatio*, por prueba incompleta, etc. Escribe María Paz Alonso Romero:

Es un por si acaso que se resuelve colocando como criterio orientador la presunción de culpabilidad del indiciado, lo que conduce, en definitiva, a una clara situación de inferioridad del reo.²⁴

B. *El proceso inquisitivo*

Corresponde al proceso canónico inquisitivo dar un giro al principio procesal *nemo iudex sine actore*, imperante hasta ese momento y sustituirlo por el principio *et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita*.

El proceso inquisitivo podía iniciar de dos formas por una denuncia evangélica de cualquier persona o de oficio (*exceptio*).

Por lo que respecta al proceso inquisitivo canónico por denuncia evangélica, se distinguió de la acusación por el hecho de que el denunciante no era obligado a suscribir la *inscriptio*, por lo que sólo tenía la facultad de probar los hechos acusados pero no la obligación. Su justificación fue la caridad fraternal de corregir al pecador.

Realizada la denuncia a la autoridad eclesiástica debía de corroborar la existencia de un *delicta manifesta*,²⁵ los cuales también fueron conocidos con el apelativo de *notoria*.

²⁴ *Op. cit.*, p. 21.

²⁵ Graciano incluyó textos que le permitieron a un juez condenar a alguien sin un juicio si su crimen era "manifest" o "notorious" como hace notar Kenneth Pennington en *Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the Ordo iudiciarius*, en <http://faculty.cua.edu/pennington/Law508/procedure.htm>.

El *notorium* fue un concepto cuyo origen se debe a los canonistas, en la jurisprudencia romana fue desconocido, como se ha afirmado esta institución permitía considerar un hecho como cierto y por lo tanto eximido de prueba.

En caso que la autoridad eclesiástica no acreditara el *delicta manifesta* o *notoria* se suspendía el proceso y para seguir la tramitación el denunciante debía suscribir la *inscriptio* y por lo tanto, se abría el proceso acusatorio.

La segunda forma de iniciar el proceso inquisitivo canónico y que constituyó una innovación de enorme trascendencia fue la *exceptio*, está implicó una persecución de oficio realizada por las autoridades eclesiásticas con la finalidad de castigar la herejía, etc.

La razón de este giro radical del proceso se hizo surgir de la apreciación de una relajación de las costumbres en la sociedad medieval, por ello se procuró reafirmar el poder pontificio a través de este proceso, enfocado principalmente a la represión de los escándalos públicos del clero y terminar con los desórdenes.

En un inicio las autoridades eclesiásticas no debían castigar aquellas faltas que no trascendieran al público, porque su represión correspondía a otros tipos de proceso. Fue la *exceptio* la que permitió proceder no sólo contra los *delicta manifesta* o *notoria* sino en los casos de *infamatio* (también se conocía como *mala fama*, *infamia*, o *diffamatio*), caracterizada como *la voz general y creíble que acusaba a cualquiera de una conducta ilícita*.²⁶ En los grados de la verdad la *infamatio* ocupaba un grado inferior respecto al notorio.

El procedimiento de la *exceptio* era a través de las visitas anuales, concilios provinciales, que constituían indagaciones realizadas por los obispos con la finalidad de sancionar a los pecadores. Se nombraban personas *idóneas, providas videlicet et honestas*, para que proporcionaran a la autoridad eclesiástica informes sobre los pecados y pecadores cometidos en la localidad. Estos testigos se transformaban en denunciantes.

En un inicio si emergía la noticia de un delito el tribunal eclesiástico de oficio en una primera fase realizaba *una de investigación y recogida de pruebas...* y en una segunda fase se procedía a la *... publicación de las mismas (pruebas) y defensa del reo*.²⁷

Este es el origen del proceso por etapas, característico del proceso canónico inquisitivo y fue delineado por Inocencio III en sus Decretales,

²⁶ Gargani, Alberto, *op. cit.* p. 165.

²⁷ Alonso Romero, María Paz, *op. cit.*, p. 23.

distinguiéndose la inquisición cuyo objetivo era la fama (*inquisitii famae*) y una inquisición en estricto sentido (*inquisitio*). Inocencio IV perfecciona la distinción al establecer un primer estadio caracterizado como preliminar y general, cuya finalidad era verificar la verdad del hecho y la búsqueda del presunto autor, que se denominó *inquisitio praeparatoria* y un segundo grado cuya finalidad era la discusión de las pruebas de cargo y descargo y que finalizaba con la sentencia, a esta fase se le denominó *inquisitio specialis o solemnis*.²⁸

Probablemente la práctica de diferenciar dos estadios procesales se originó por la necesidad de obtener la autorización de los obispos o arzobispos para poder juzgar a los miembros del clero. Autorización motivada en la finalidad de cuidar la imagen de la Iglesia y de sus miembros ante el posible abuso del proceso canónico por los laicos. Consecuentemente la inquisición general asume la forma de un procedimiento previo a la propiamente inquisición (en caso de no verificarse la existencia del notorio o la fama, se interrumpe el procedimiento).²⁹

La inquisición contra una persona por un determinado hecho se realizaba en la inquisición especial, la cual presuponía el cumplimiento de la inquisición general.

La inquisición especial iniciaba con la publicación de los testigos y sus testimonios y además la citación del inculcado, quien podía o no comparecer. En caso de incomparecencia podía ser juzgado en rebeldía con base en las investigaciones del grado anterior.

Al comparecer el denunciado podía confesar su pecado o controvertir las pruebas existentes en su contra.

Si el resultado era la condena del inquirido se imponía una pena atenuada a la correspondiente, por la calidad extraordinaria del proceso inquisitivo, al considerarse que en el proceso acusatorio existía un equilibrio entre las partes y el juzgador era independiente de las mismas. En el inquisitivo, por el contrario, no existían propiamente partes y el juzgador era al mismo tiempo inquisidor y juez.

Es importante resaltar lo señalado por Giovanni Chiodi, la *diffamatio* asumió un relieve central en el proceso inquisitorial, al ser sustitutiva de la acusación. La ausencia de esta última conduce a la aplicación de penas diferentes a las establecidas, porque para los canonistas el inquisitorio no tenía las formalidades de un verdadero y propio proceso, como se ha señalado.³⁰

²⁸ Gargani, Alberto, *op. cit.*, pp. 170 y 171.

²⁹ Gargani, Alberto, *op. cit.*, p. 171.

³⁰ Chiodi, Giovanni, *op. cit.*

El resultado del proceso inquisitivo canónico no sólo era la condena o absolución, sino en los casos de probabilidad se sometía al reo a la obligación de prestar juramento purgatorio, para destruir con su juramento la presunción de culpabilidad desprendida de la fama (rumor público).

El proceso inquisitivo canónico constituyó uno de los pilares sobre el cual se construyó el principio de *constare de delicto*, que estableció las bases sobre las cuales se construiría el proceso inquisitivo como fueron los conceptos de *delicta manifesta* o *notoria* y la *infamatio* (*mala fama*, *infamia* o *diffamatio*) y bipartición del proceso inquisitivo con finalidades diferentes.

3. La formación del *ius commune* y su aplicación en los tribunales italianos

En el siglo XVI ambos ordenes jurídicos (*Corpus Iuris Iustiniano* y *Corpus Iuris Canonici*) ya serían objeto de atención por los glosadores. Finalmente, ambos derechos fueron considerados como un ordenamiento único que recibió la denominación de *ius commune* y en el plano procesal se llegaría a la aceptación de un procedimiento común romano-canónico, basado en el procedimiento tardorromano y que sería utilizado tanto por tribunales eclesiásticos como por tribunales seculares.³¹

A partir del *Corpus Iuris Justiniano*, del *Corpus Iuris Canonici*, las glosas y las costumbres de cada comunidad los llamados postglosadores (conocidos también como dictaminadores, intérpretes, comentaristas, *consiliatores* o prácticos) en los siglos XIII al XVI transformaron el proceso penal.³²

El interés de los postglosadores no se circunscribía a la exégesis de los textos sino en interpretar su sentido para aplicarlos. Esto condujo a la elaboración de un comentario o dictamen para la práctica de los tribunales, en el que utilizaban tanto el *Corpus Iuris Iustiniano* como el *Corpus Iuris Canonici* y los estatutos del tribunal interpretándolos conforme a las necesidades sociales o económicas de cada comunidad. La finalidad de su actividad fue demostrar que el *Corpus Iuris Iustiniano* era aplicable en los tribunales. Margadant afirma que *el paso de la escuela de los glosadores a la de los comentaristas es como el cambio de la teoría a la práctica del Digesto*.³³ De igual forma Engelmann se refiere a los postglosadores como

³¹ Casinos Mora, Francisco, *op. cit.*, p. 360.

³² Es muy discutible la responsabilidad que los prácticos tuvieron ante la justificación del proceso inquisitivo, existen opiniones contradictorias. Al respecto Ferrajoli en *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés. España 2000. Ed. Trotta, p. 641 cita las opiniones encontradas sobre los prácticos.

³³ Margadant, Guillermo F., *El significado del Derecho romano dentro de la enseñanza jurídica contemporánea*. México 1960. Ed. Universidad Autónoma de México, p. 23.

... científicos, profesores y prácticos del Derecho italiano común entonces en vigencia, y laboran con la práctica y para la práctica.³⁴

Los postglosadores al igual que los glosadores utilizaron la exégesis en la interpretación del *Corpus Iuris Iustiniano*, pero ante la existencia de lagunas para la solución de los casos se separaban del texto, haciendo una interpretación analógica del mismo o buscando la razón del texto, así escribe Fuentes López:

El comentario fue el género literario que en más abundancia practicó la escuela, pero a diferencia de sus antecesores, no se conforman con sólo aclarar y explicar el significado literal del texto, labor propia de la exégesis filológica, sino que buscaron el sentido o razón del texto. Esto era necesario en virtud de su interés de llevar a la práctica las soluciones e instituciones de la jurisprudencia romana. El texto, entonces, sirve en muchas ocasiones de punto de partida o referencia para estudiar problemas prácticos reales o imaginarios. El comentario no se limita exclusivamente al texto, sino que se realiza sobre el análisis de los problemas prácticos a los que se enfrentaron.³⁵

Estos juristas fueron trascendentales en la formación del principio de *constare de delicto*, como veremos adelante, a través de dictámenes (*coscilius sapientis*), al respecto escribe Fuentes López:

Este género es la concilia, que al igual que la respuesta romana, es una jurisprudencia por consultas. Jueces, abogados y partes acuden a los juristas más reconocidos, solicitando consejo sobre la resolución de casos prácticos. Buscan el *coscilius sapientis*, que los guíe en la comprensión de problemas técnicos que plantean los casos que pretenden resolver. Estos consejos, estas concilias, al igual que en la antigua Roma, se publicaban por medio de colecciones, que gozaban de enorme prestigio y que se divulgaron por Europa. Las concilias eran obligatorias para los jueces.³⁶

En los concilia se utilizaba el método dialéctico y constaba de ocho operaciones: *promitto* que era la enunciación del problema en su conjunto; *siendo* consistente en la operación lógica de separación o aislamiento del problema en cuestión; *summo* operación de recapitulación; *casumque figuro* la formulación de ejemplos; *prolego* la pormenorización y distinción entre diversas hipótesis; *do causas* aplicación de las causas brocárdicas o aristotélicas; *connoto* operación de generalización y obtención de reglas y analogías, y *obiicio* solución de objeciones y controversias.³⁷

³⁴ Citado por Mezger, Edmundo, *op. cit.*, p. 48.

³⁵ Fuentes López, Carlos. *El racionalismo jurídico*. México 2003. Ed. Universidad Autónoma de México, pp. 54 y 55.

³⁶ Fuentes López, Carlos, *op. cit.*, p. 56.

³⁷ Casinos Mora, Francisco Javier, *op. cit.* 361.

El estudio de los glosadores y postglosadores del *Corpus Iuris Iustiniano* y del *Corpus Iuris Canonici* tuvo como consecuencia el florecimiento de la ciencia jurídica. Las escuelas de derecho iniciaron en Italia y se extendieron a toda Europa.

Los estudios se realizaban en latín y tenían por objeto los mismos ordenamientos: el *Corpus Iuris Iustiniano* y el *Corpus Iuris Canonici*. Los libros de los estudiosos circularon por toda Europa, permitiendo un estudio homogéneo del derecho, al resultado de este conocimiento se le conoce como *Ius Commune*, cuya influencia se extendió por toda Europa entre los siglos XIII a XVII.

La recepción del proceso inquisitivo canónico en el proceso penal aconteció en la segunda mitad del siglo XIII y la adaptación de dicho proceso en los Tribunales seculares correspondió a los Postglosadores. La teoría del *constare de delicto* fue resultado de varios estudiosos entre los cuales encontramos a glosadores como Francesco Accurso (Francisci Accursii 1185-1263) y postglosadores como Alberto Gandino (Albertus Gandinus 1240-1299), Bartolo de Sasoferato (Bartolus Saxo Ferrato 1314-1357), Baldo Ubaldi (Baldi Ubaldi 1327-1400), Ippolito Marsigli (Hyppolitus De Marsiliis 1450-1529), Giulio Claro (Julius Clarus 1525-1575), Giacomo Menochio (Iacobi Menochii 1532-1607) y Prospero Farinaccio (Prosperus Farinacii 1544-1616).

Es importante enfatizar, como se ha señalado, que en la Baja Edad Media coexistían los procesos acusatorio e inquisitivo; considerándose al primero ordinario y al segundo extraordinario, procedente sólo para ciertos delitos. Esta regla se transformó con el tiempo, convirtiendo al inquisitivo en la regla y al acusatorio en excepción, hasta que éste último desapareció en la época moderna, transformando la acusación en una de las posibles formas de iniciar el inquisitivo.³⁸

En los tribunales Italianos de los siglos XII a XVIII se materializa la metamorfosis del proceso penal. Este cambio sucedió en dos épocas históricas distintas: en la Baja Edad Media (siglos XII al XIV) y la Moderna (siglos XV al XVIII).

En México se carece de un estudio sobre los procesos penales medieval y moderno como antecedentes de varias instituciones procesales mexicanas,³⁹ al no comprenderse su origen no las entendemos correctamente; objetivo que excede a los límites de esta investigación, por lo que a manera de resumen sobre las transformaciones esenciales del proceso

³⁸ Chiodi, Giovanni, *op. cit.*

³⁹ Como ejemplo de ellas los procuradores, la acción penal, la averiguación previa, la confesión, la testimonial, el indicio, el cuerpo del delito, etc.

penal para el desarrollo de la teoría del *constare de delicto*, podemos destacar las siguientes:

- a) Centralización del poder. En los siglos XII y XIII ante una relativa prosperidad de la sociedad europea se produce una concentración del poder debido a la acumulación de poder económico y político cuyo resultado es el Estado Moderno. Dicha concentración de poder fue lenta y gradualmente favorable a las monarquías. Estas buscaron un medio más eficaz para controlar a la sociedad, recurriéndose para tal efecto a la sustitución del proceso acusatorio por el inquisitivo. De ahí que el detentador del poder (reyes, príncipes, etc.) hubiera gradualmente reivindicado las funciones de legislar y de juzgar a las personas que alteraban la paz pública.

En la legitimación de esta función se recurrió a la jurisprudencia romana, especialmente a un pasaje del Digesto en el cual se establece:

D. 1.4.1. Lo que plugo al príncipe tiene fuerza de ley; así es, en efecto, dado que por la ley regia, que se promulgó acerca del imperio del príncipe, el pueblo le confiere todo su imperio y potestad. (1) Por lo tanto, todo lo que el emperador estableció por epístola o suscripción (de libelos), o decretó como juez, o decidió de plano u ordenó en un edicto, consta que es ley. Estas son las que llamamos vulgarmente “constituciones”.(2) Claro que algunas de éstas son personales y no se alegan como ejemplo, pues lo que el príncipe concedió a algún en virtud de sus méritos, o si impuso alguna pena o, sin precedente, favoreció a alguien, esto no sale del ámbito personal (Ulp. 1 ist. = Inst. 1,2,6).⁴⁰

Pasaje del que se desprendió el principio de la *plenitudo potestatis* o *potestas absoluta*, desarrollado en la jurisprudencia romana imperial para legitimar las funciones legislativas y judiciales del emperador.

Principio utilizado para legitimar el *Ius Puniendi*, al sustituirse el principio de *nemo iudex sine actore* por el de *et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita*.

- b) Cambio del perjudicado por la comisión del delito. Se transforma el concepto de *maleficium* que implicaba un daño a un individuo por el de infracción o crimen el cual perjudicaba la paz de la sociedad. Al respecto Foucault escribe:

Aparece una noción absolutamente nueva: la infracción. Mientras el drama jurídico se desenvolvía entre dos individuos, víctima y acusado,

⁴⁰ Justiniano I. *El Digesto de Justiniano*. Volumen I. Trad. Álvaro D'Ors Pérez-Peix. España 1968-1975. Ed. Arazandi, p. 58.

se trataba sólo del daño que un individuo causaba a otro. La cuestión consistía en saber si había habido daño y quién tenía razón. A partir de ese momento en que el soberano o su representante, el procurador, dicen: "Yo también he sido lesionado por el daño", resulta que el daño no es solamente una ofensa de un individuo a otro sino también una ofensa que infringe un individuo al Estado, al soberano como representante del Estado, un ataque no al individuo sino a la ley misma del Estado. Se sustituye de esta manera de la noción de crimen, la vieja noción de daño por la de infracción. La infracción no es un daño cometido por un individuo contra otro, es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano. La infracción es una de las grandes invenciones del pensamiento medieval. Se ve así cómo el poder estatal va confiscando todo el procedimiento judicial, el mecanismo judicial, el mecanismo de liquidación Inter-individual de los litigios de la alta Edad Media.⁴¹

Resultaba lógico si la ofensa también era para el Estado, que se promoviera un proceso de carácter público que no fuera negociable, gestionado por el Estado y bajo su dominio. Pensamiento contrario completamente al anterior en el cual la justicia penal era privada y negociada, gestionada por quien sufrió el daño o por su familia, y dominada por los sujetos interesados en la contienda.

Al imponerse el proceso inquisitivo sobre el acusatorio se alegó a favor del primero que procuraba el castigo, una mejor regulación, la capacidad de los jueces era mayor para obtener la verdad de los hechos y una menor corrupción. Y en contra del acusatorio se afirmó que procuraba la composición de las partes y no se obtenía la verdad de los hechos permitiendo que la justicia y la verdad fueran burladas, y consecuentemente la impunidad del delito.

Sin embargo, detrás de este desplazamiento también existieron razones políticas y económicas. El inquisitivo permitía un mejor control de la sociedad y además representaba una fuente de ingresos económicos a través de multas, embargos, etc.

- c) Delegación de la facultad de juzgar. Era materialmente imposible para el detentador del poder político ejercer personalmente la función de juzgar, debiendo delegar esta función a otras personas. Delegación que se disciplinó con los *Corpus Iuris Justiniano* y *Iuris Canonici* (proceso romano-canónico), objeto de estudio de las escuelas de derecho, por lo que lo más natural fue delegar su aplicación a personas egresadas de las universidades.

⁴¹ Foucault, Michel, *op. cit.* pp. 76 y 77.

d) División del proceso en períodos. El proceso inquisitivo penal bajo medieval y moderno fue dividido en dos períodos, siguiendo al inquisitivo canónico. Sustituyéndose los nombres del canónico *inquisitio praeparatoria* por el de *inquisitio generalis* (inquisición general) para la primera etapa y *inquisitio solemnis* por el de *inquisitio specialis* o *singulare* (inquisición especial) para la segunda etapa. Al respecto Maranta, escribe:

Primero se hace una inquisición general, o sea que se toma información sobre el crimen, y encontrado alguno infamado o y sospechoso, se forman contra él los capítulos de la inquisición especial.⁴²

También escribió Bossius:

Muchas son las especies de inquisición. Una general, que se divide en varias otras. Otra es enteramente especial. La primera se hace para descubrir. La segunda, para condenar y castigar, cuando habidos indicios de delito contra alguien, se inquiere acerca de él. Y la que se hace para descubrir, se hace solamente para instrucción de la curia, para llegar después a la otra especie.⁴³

El objetivo de la *inquisitio generalis* fue la certeza del delito, a través de su desarrollo se adoptaron diversos nombres, que se expresaron en latín como *res in qua peccatum est*, *veritas criminis*, *liquidatio delicti*, *constat de corpore delicto* o *corpus delicti*.

El juez no debía continuar con el proceso sin previamente tener certeza de la comisión de un delito. En efecto, no debía abrir la *inquisitio specialis*, tampoco capturar al sospechoso, torturarlo o condenarlo.

Esta primera etapa no estaba dirigida contra una persona determinada sino para constatar la comisión del delito y concluía con una sentencia procesal que daba por acreditaba dicha circunstancia.

La segunda etapa o grado de la inquisición denominado *inquisitio specialis* tenía como finalidad realizar una indagación respecto de la autoría del delito y en ella se ejecutaban entre otras las siguientes diligencias: captura del sospechoso, tortura, desahogo de pruebas de cargo y descargo y sentencia.

La justificación lógica de esta división del proceso inquisitivo resultaba de la imposibilidad de probar la calidad de “autor” de un hecho delictivo sin antes acreditar la existencia de este hecho, así Orlandi escribe:

[L]a comprobación penal tuvo que seguir el orden natural de los acontecimientos: del hecho criminoso se remonta a la responsabilidad del

⁴² Citado por Manzini en *op. cit.*, p. 52.

⁴³ Citado por Manzini en *op. cit.*, p. 53.

autor”: no habría tenido sentido verificar preliminarmente la culpabilidad, sin haber comprobado primero la subsistencia del hecho, ya que siendo el delito entendido en sentido naturalístico, o bien como acción que provocada un mudamiento en el mundo externo, se debió necesariamente tomar los movimientos de las huellas sensibles del delito”.⁴⁴

La división del proceso en etapas aparentemente constituyó una garantía en favor de los inculpados, porque en teoría los jueces no debían iniciar la inquisición especial sin previamente cumplir con ciertos requisitos.

La diferenciación de objetivos diferentes en las etapas del proceso inquisitorio marcaría el desarrollo de la teoría de *constare de delicto*.

- e) Forma de inicio. En la época moderna el proceso inquisitivo tuvo diferentes formas de iniciar: por denuncia (de cualquier persona o funcionario público), querrela, acusación, delación y en general cualquier forma en que el juez conociera de la comisión de un delito. Para esta época la distinción entre delitos públicos y privados había perdido importancia, de hecho el juez intervenía aún en el caso de delitos privados, si se consideraba de interés público. El proceso acusatorio había desaparecido y se había transformado en una forma de iniciar el inquisitivo.
- f) En el proceso inquisitivo bajo medieval y moderno operó con lo que hoy conocemos como sistema de prueba legal o tasada.

Para comprender este sistema es necesario partir de un concepto de prueba. Sin desconocer las definiciones existentes en la doctrina opto por la de Levy-Bruhl, por ser bajo mi punto de vista la que mejor expone el desarrollo de los sistemas probatorios.

Dichos autores consideran a la prueba judicial como el *mecanismo destinado a establecer una convicción sobre un punto incierto*.⁴⁵ Probar, es antes de todo, la aprobación del grupo social de la forma en que el juez llegue a su convicción. Si el grupo social acepta la convicción obtenida, la prueba cumple sus objetivos.

La concepción anterior es útil para analizar los sistemas probatorios de cada sociedad, ya que al definir a la prueba judicial con un carácter funcional, permite interrogarse cómo en determinada sociedad los juzgadores adquieren convicción sobre los hechos y si estos mecanismos son aprobados por la sociedad.

⁴⁴ Citado por Gargani, *op. cit.* pp. 184-185.

⁴⁵ Citado por Alonso Romero en *op. cit.*, p. 221.

Históricamente para Jean Philippe Levy los sistemas probatorios se presentan en dos grandes bloques. Un sistema primitivo, religioso o sobrenatural y cuyas características son la utilización de medios irracionales, sacralizados y formalizados, cuyo objetivo es la averiguación de una “verdad” formal. Y un sistema racional, que busca la “verdad” objetiva utilizando mecanismos racionales.

A su vez el sistema racional presenta dos diferentes subsistemas: el primero, en que la “verdad” se obtiene mediante pruebas cuyo procedimiento, principalmente su valoración se encuentra predeterminadas por la ley, al que podemos denominar de aparente racionalidad. Y un segundo sistema probatorio libre, en que el juez tiene libertad para apreciar cada prueba.

El sistema de pruebas tasado del proceso bajo medieval y moderno era un límite impuesto a los jueces supuestamente en favor del inculpado y por lo tanto, la obtención de la verdad era regulada por el juicio superior de la norma, al obligar al juez a cumplir con las reglas probatorias para poder imponer una pena.

En la construcción del sistema tasado de pruebas fueron utilizadas diversas fuentes entre las cuales encontramos la jurisprudencia romana, el Derecho canónico y las interpretaciones realizadas por los glosadores y prácticos italianos.

Ejemplos de la jurisprudencia romana que influyeron en el sistema de pruebas legal los encontramos en el Digesto sobre la confesión⁴⁶ y los testigos⁴⁷ y en el *Codex Iustiniano* los indicios.⁴⁸

⁴⁶ 48.18.1.17 <Septimio> Severo, de consagrada memoria, dijo en un rescripto que no deben tenerse como prueba evidente de un crimen las confesiones de los reos cuando no consta para el juez ninguna otra prueba. Justiniano I., *op. cit.*, vol. 3, p. 724.

48.18.1.27 No siempre se debe creer al que confiesa espontáneamente un delito, pues algunas veces la confesión es por intimidación o por otra causa, y hay una epístola de los emperadores hermanos <Marco Aurelio y Vero>, de consagrada memoria, dirigida a Bocono Saxa, en la que se dice que se debe liberar al que hubiera confesado contra sí mismo pero cuya inocencia se hubiera probados después de haber sido él condenado. Dice así: “Querido Saxa, con prudencia y con excelente humanidad has condenado al esclavo Primitivo, que era sospechoso de fingirse autor de un homicidio por temor de volver, si no confesaba, a poder de su dueño, y perseveraba en esa falsa declaración, porque ibas tú a averiguar quiénes eran sus cómplices, que él mismo había dado a entender que tenía, con el fin de alcanzar más certeza acerca de su confesión; y no resultó inútil tan prudente resolución, ya que pudo probarse con el tormento que no había tales cómplices y que él había mentido temerariamente en contra suya. Por lo tanto, puedes dispensar del decreto <condenatorio> y hacer que ese esclavo sea vendido de oficio, con la condición, al hacerse la venta, de que no vuelva jamás a poder de su dueño, al que debemos considerar voluntariamente expropiado de tal esclavo desde el momento que cobró un determinado precio por él”. Se dice en esta epístola que el que es condenado como esclavo, si llegase a ser restituido de la condena, pertenecerá al que era su dueño antes de aquélla. El gobernador de la provincia, sin embargo, no puede restituir <él mismo> al que condenó,

La influencia del Derecho canónico fue capital, basta señalar por ejemplo que en las Decretales de Gregorio IX de 1234, dentro del libro segundo existen los títulos XVIII a XXIII que tratan de la prueba confesional, testimonial, documental y presuncional, donde se regulan con minuciosidad la valoración de dichas pruebas, resulta fuera de los límites de esta investigación enumerar su trascendencia para el proceso penal inquisitivo.

En la construcción de las tarifas de las pruebas fueron importantes la doctrina de la Baja Edad Media y Moderna; así sus primeras exposiciones parten de autores como Guillermo Durando, Guido de Suzzaria, Alberto Gandino, Bartolo de Sasoferrato, Baldo Ubaldi. Pero corresponde a tratadistas como Jacobo Menochio, Giuseppe Mascardi, Giulio Claro, Prospero Farinaccio y Cristoforo Crusio la elaboración del sistema de pruebas legales, así Ferrajoli escribe:

Pero la elaboración de verdaderas tarifas legales de las pruebas, y a la vez de complicados sistemas de comparación, adicción y sustracción de los indicios, fue desarrollada solamente en los siglos XVI y XVII... Recuérdese, en particular, los seis voluminosos libros de Menochio (*De praeumptionibus, coniecturis, signis et indiciis commentaria...*), en los que se desarrolla un complicadísimo sistema de tipos y grados de presunciones legales; los tres colosales volúmenes en folio de Mascardo (*Conclusiones probationum omnium...*), donde por cada delito concreto se indica no sólo los distintos tipos de prueba y de indicios, sino también el modo de sumarlos y restarlos; además del inmenso *Tractatus de indiciis, delictorum ex iure publico et privato...* del alemán Crusio, que para cada delito indica 110 indicios generales y otros tantos indicios especiales y formula los respectivos cálculos de probabilidad...⁴⁹

En esta época la obtención de la verdad en el proceso penal era una facultad del soberano y no un derecho del inculpado, razón por la que se otorgaba un valor predeterminado para cada prueba, jerarquizando los medios probatorios. En la escala más alta se encontraba el notorio,⁵⁰ a la

ya que no puede revocar una sentencia por él dada, ni aunque sea de causa pecuniaria. ¿Qué hará, pues? Debe dirigirse por escrito al príncipe en caso de que se pruebe la inocencia del que antes había considerado culpable. Justiniano I, *op. cit.*, vol 3, p. 725.

⁴⁷ 22.5.1.2: En los testigos debe tenerse en cuenta la dignidad, la veracidad, las buenas costumbres y la gravedad, y por ello no deben ser admitidos en el juicio los testigos que vacilen en la exactitud de su testimonio. Modestinus 8 regul. Justiniano I, *op. cit.*, vol. 2, p. 95.

⁴⁸ C.J.4.19.25: Emperadores Gratianus, Valentinianus, Theodosius. Sabemos todos que los acusadores deben acusar solo de hechos probados por testigos idóneos o por documentos claros o por indicios indubitables y más claros que la luz.

⁴⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, p. 182.

⁵⁰ En la jurisprudencia romana se desconoció el concepto de notorio, este fue desarrollado por el Derecho Canónico y por los prácticos italianos concepto que estimó tiene una trascendencia espe-

que se consideraba prueba plena, posteriormente seguían otras pruebas confesión, testimonial, etc. a las que se consideraban pruebas semiplenas y en el grado más bajo se consideraban a los indicios y presunciones. Michell Foucault refiere dicha jerarquización y distinciones elaboradas:

... pruebas ciertas, directas o legítimas (los testimonios, por ejemplo) y las pruebas indirectas, conjeturales, artificiales (por argumento); o las pruebas manifiestas, las pruebas considerables, las pruebas imperfectas o leves; o también: las pruebas “urgentes o necesarias” que no permiten dudar de la verdad del hecho (son unas pruebas “plenas”; así dos testigos irreprochables afirman haber visto al acusado, con una espada desnuda y ensangrentada en la mano, salir del lugar en el que, algún tiempo después, se encontrara el cuerpo del difunto atravesado por una estocada); los indicios próximos o pruebas semiplenas, que se pueden considerar como verdaderas en tanto que el acusado no las destruya por una prueba contraria (prueba “semiplena”, como un solo testigo ocular o unas amenazas de muerte que preceden a un asesinato); en fin, los indicios lejanos o “adminículos”, que no consisten sino en la opinión de esos hombres (el rumor público, la huida del sospechoso, su turbación cuando se le interroga, etc.).⁵¹

El valor otorgado a cada prueba obligaba al juzgador a cumplir con una función aritmética para obtener las pruebas necesarias para obtener la cantidad de requerida en el acto a realizar. Foucault a este respecto escribe:

Existen elementos que no pueden ser indicios sino para determinados delitos, en determinadas circunstancias y en relación con determinadas personas (así un testimonio se anula si procede de un vagabundo; se refuerza, por el contrario, si se trata de “una persona de consideración” o de un amo en el caso de un delito doméstico). Aritmética modulada por una casuística, que tiene por función definir cómo una prueba judicial puede ser construida.⁵²

cial en el concepto de *corpus delicti*. Es importante recordar la clasificación de Juan Teutónico, sobre los hechos notorios. a) *notorium facti permanentes* o *continui*, en que el juez se limita a constatar su existencia y no hay que probar nada; b) *notorium facti transeuntis* o *momentanei*, dentro del que se engloban aquellos hechos que ha pasado hace tiempo delante de mucha gente (por ejemplo, muerte en una plaza pública) y en los que es preciso probar su evidencia y c) *notorium facti interpolati*, que designa lo que ocurre de modo acostumbrado aunque no sea continuo (por ejemplo, usurero manifiesto, delincuente habitual...) y que también hay que probar. Por *notorium iuris* se sigue considerando la confesión en juicio, con los requisitos pertinentes, y la cosa juzgada y sus efectos son impedir la prueba en contrario y hacer imposible la apelación. Y el *notorium praesumptionis* viene dado por la presunción legal, que dispensa de toda prueba. Citado por María Paz Alonso Romero, María Paz en *op. cit.*, p. 26.

⁵¹ Foucault, Michel. *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Trad. Aurelio Garzón del Camino. México 1989. Ed. Siglo XXI, p. 42.

⁵² *Op. cit.*, p. 43.

La “verdad” que se obtenía en dicho sistema se justificaba ante quien delegaba el poder jurisdiccional. El inquisidor cumplía con su función delegada al llevar a cabo cada uno de los requisitos previamente establecidos para obtener una verdad formal. Resultando lógico, dentro de este sistema, que para abrir la inquisición especial fuera necesario cumplir con determinados requisitos probatorios (*constare de delicto* o *corpus delicti*), para la tortura prueba semiplena mayores requisitos probatorios (*constare de delicto* o *corpus delicti* y probable responsabilidad en términos generales), y para la sentencia prueba plena (*constare de delicto* o *corpus delicti* y certidumbre del autor).

Las consecuencias de no cumplir con las reglas probatorias iban desde la nulidad del proceso hasta sanciones a los jueces. Manzini sobre el primer aspecto escribe: *se admitía como regla que nadie pudiera ser arrestado si no se constaba antes objetivamente el delito; y esto, bajo pena de nulidad de todo el juicio.*⁵³

Y ejemplo de sanciones a los jueces por no cumplir con el requisito de cuerpo del delito lo refiere Francesco Carrara:

... Claro, escritor del siglo XVI... habla de ello como de una práctica ya antigua, determina sus normas y refiere ejemplos de jueces castigados por haberlas omitido; y Fabro, en su código de definiciones forenses... afirma que debe ser castigado con la muerte el juez que condena a alguien por homicidio, y luego se viene a saber que estaba vivo el presunto muerto.⁵⁴

Dos son los medios probatorios que incidieron particularmente en el desarrollo de la teoría de *constare de delicto*: la tortura y la prueba indiciaria.

En términos generales, la tortura en el comienzo del proceso inquisitivo sólo era permitida para delitos con pena corporal, posteriormente se utilizó en todos los delitos; suponía la necesidad de *constare de delicto* y la probabilidad de autoría en contra del inquirido, se justificaba su aplicación al creérsele una sanción penal.

La tortura fue disciplinada por los prácticos italianos (posteriormente en la doctrina europea). Si en la tortura el imputado confiesa, está para adquirir valor probatorio, debía ser ratificada en un momento sucesivo dentro del día siguiente. En el caso de que el inculcado se retractara y negara haber cometido el delito, podía ser nuevamente torturado. Si el reo nuevamente confesara y en seguida dentro del plazo señalado nuevamente se retrae, debería ser absuelto. Sin embargo, estas reglas fueron

⁵³ *Op. cit.*, p. 58.

⁵⁴ Carrara, Francesco. *Programa de Derecho criminal*, vol. 3. Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Colombia 1967. Ed. Temis, p. 53

en múltiples ocasiones violadas al existir antecedentes de tres torturas o más sobre el mismo individuo.

En la práctica, se concibió la forma de evitar la absolución, recurriéndose a la tortura con reserva de cargos, que permitía la utilización de los indicios en la sentencia de condena, si a pesar de la tortura no confesaba. En los casos anteriores se imponía una pena extraordinaria por existir un fragmento de culpabilidad.

También es importante en nuestra investigación la prueba de indicios y su desarrollo en el proceso inquisitivo. En un principio el indicio no fue estimado como medio probatorio, pero si un argumento: de los hechos principales se deducen indirectamente otros hechos; a los primero hechos se les denominaba indicios, los cuales a través de un razonamiento (argumento o presunción), fundamentado sobre veracidad o probabilidad, permitían deducir la veracidad de los hechos desconocidos. El hecho del cual se desprendía el indicio era objeto de prueba directa.

Los indicios no eran suficientes para condenar a la pena ordinaria pero sí a una pena más leve considerada extraordinaria. Con el tiempo se les fue dotando de importancia según la etapa procesal, más leves para abrir la inquisición especial y más graves para torturar. Sin indicios, sin hechos, el juez no podía proceder a la inquisición especial o tortura.⁵⁵

La valorización de los indicios fue sujeta a la discrecionalidad del juzgador, lo cual constituyó a mi parecer el inicio del quiebre del sistema legal de pruebas.

La doctrina intervino con varias clasificaciones, buscando predeterminar la eficacia de cada indicio. Ejemplo a nivel de la existencia del delito es el "*Tractatus de indiciis delictorum generalibus, ex jure publico et privato*" de Crusio (Cristhoph Crusius), autor que para cada delito refería 110 indicios generales y otros tantos indicios especiales, como revela Ferrajoli.⁵⁶ Ejemplo de indicios sobre la autoría del delito se encuentra la tabla de Francesco Casona:

1.	}	Fama, conversación, costumbre
Persona		Nación, condición, fortuna.
		Edad, sexo, nombre
		Fisonomía, palidez

⁵⁵ Chiodi, Giovanni, *op. cit.*

⁵⁶ *Op. cit.* p. 182.

- | | |
|---|--|
| 2.
Causa del delito | {
Ira, odio, miedo.
Esperanza, codicia. |
| 3.
Hecho antes del delito
o incluido en
el delito | {
Dónde estuvo, dónde se le vio
Con quién fue visto.
Si se puso de acuerdo con alguien.
Si se hizo sabedor a alguien.
Si estuvo en algún lugar contra cos-
tumbre o fuera de tiempo. |
| 4.
Hecho en el delito o
agregado
del delito. | {
Lugar, tiempo, modo.
Ocasión, facultad. |
| 5.
No hecho. | {
Que se hizo que no debiera, o qué no
se hizo que debiera haberse hecho, etc. |
| 6.
Dicho. | {
Si digo algo el reo antes, en o después del deli-
to, como amenazas, confesiones; así también
fama, etc. |
| 7.
No dicho. | {
El que calla el delito se presume partícipe, y si
no responde se le atormenta sin indicio, etc. |
| 8.
Hecho consiguiente al
delito que juzga del reo
pero no del propósito. ⁵⁷ | {
Fuga, sangre, palidez.
Temblor, encontrado en el lugar del delito, etc. |

Manzini califica la labor de la doctrina de la época como vana, pues-
to que *por muy extensa que fuere, nunca hubiera podido recoger los
hechos y las circunstancias que en la infinita variedad de los casos pue-
den tener fuerza indiciaria.*⁵⁸

La utilidad de la prueba indiciaria en el proceso inquisitivo fue capital
para el desarrollo de la teoría de *constare de delicto*, proceder a la tortura

⁵⁷ Citado por Manzini, en *op. cit.*, t. III, p. 475-476.

⁵⁸ *Op. cit.*, p. 477.

o imponer una pena extraordinaria en caso de que los indicios no fueran purgados por el reo.

4. *El desarrollo de la teoría de constare de delicto*⁵⁹

El sistema de reglas probatorias inspiró el principio “judici ante omnia constare debet de delicto” indicaba al juez el orden a seguir para la comprobación del delito y la individualización del reo. El presupuesto necesario para poder proceder a la inquisición especial fue constituido por la certeza que el “maleficio” hubiera sido realmente cometido. Tal principio elaborado por los Glosadores y los Prácticos, se sostenía en la regla lógico-práctica según quien debía probar la “calidad” debió prioritariamente probar la “sustancia” en los que tal calidad hundía las raíces.⁶⁰

Antes de iniciar el desarrollo de la teoría del *constare delicti* es importante establecer tres precisiones:

La primera de índole metodológica, para abordar el desarrollo del *constare de delicto* podrían seguirse dos procedimientos. Uno de ellos sería analizar cada delito en particular, ya que cada ilícito tenía un diverso modo de comprobación, lo inconveniente de esta vía es que implicaría una procesualización del Derecho penal. Y otro sería estudiar la finalidad que en específico tenían las inquisiciones general y especial, en donde los delitos particulares son considerados como ejemplo de los fines de cada etapa. Los análisis particulares sobre el *corpus delicti* han optado por el segundo método.⁶¹

La segunda precisión es la matización de la teoría del *constare delicto* realizada por Hall, según dicho autor la teoría mencionada ocupaba un espacio modesto al no implicar a todo el sistema penal, porque su ámbito se circunscribía a los delitos “ordinarios” y no abarcaba los delitos “extraordinarios”.⁶²

La tercera precisión es tomar en cuenta que no existía un texto legal que definiera los comportamientos penalmente relevantes, al existir una multitud de fuentes (*Corpus Iuris Justiniano*, *Corpus Iuris Canonici*, las glosas y las costumbres de cada región), por lo tanto existían diversas opiniones sobre el contenido de las conductas delictivas.

El proceso inquisitorial canónico fue paulatinamente introducido en las Comunidades Italianas, en un principio exclusivamente para la repre-

⁵⁹ En la elaboración de este apartado se siguió principalmente la obra citada de Alberto Gargani pp. 187 a 211.

⁶⁰ Gargani, Alberto, *op. cit.* p. 184.

⁶¹ Gargani, Alberto, *op. cit.* 186.

⁶² Según afirma Hall citado por Gargani, Alberto, *op. cit.* p. 187.

sión del crimen de lesa majestad y posteriormente a todos los delitos que no fueran de naturaleza privada.

Los glosadores y prácticos italianos adaptaron el proceso canónico a las necesidades de los tribunales italianos de la época. En el proceso de adaptación la doctrina crearon el principio *judici ante omnia constare debet de delicto*, según el cual el juez estaba obligado a constatar la comisión de un delito antes de abrir la inquisición especial.

Como se ha señalado la justificación del principio se encuentra en la imposibilidad de probar la calidad de “autor” de un hecho delictivo sin antes acreditar la existencia de este hecho o en otras palabras antes de demostrar la calidad de autor de un delito, resulta indispensable comprobar la existencia de un delito. A esta diferenciación se debe la división del proceso inquisitivo en dos períodos; cada uno con objetivo diferente. La inquisición general encauzada a obtener la constatación de la comisión de un delito y la inquisición especial la certeza del delincuente. Al final del proceso era indispensable para condenar la certeza de los dos perfiles (*constare de delicto* y *certitudo auctoris delicti*).

En una época en que todo el derecho se originaba en el Digesto Justiniano, el principio de *judici ante omnia constare debet de delicto* tuvo esa misma fuente; en concreto de la glosa realizada al Senadoconsulto Silaniano.⁶³ Uno de los más importantes glosadores Francesco Accursio⁶⁴ al comentar el mencionado Senadoconsulto establece el principio de que en materia de homicidio, era necesaria la prueba de la muerte de alguien (aún cuando se desconociera la persona del autor), así escribió:

⁶³ En la investigación que realizo se estudia en un apartado especial el Senadoconsulto mencionado, para efectos de este artículo, es conveniente recordar que establecía dicho ordenamiento:

“D. 29, 5, 1. Como ninguna casa puede estar segura si no se concede a familiares y extraños la facultad de exigir que los esclavos respondan, con amenaza de pena capital, de la guarda de sus dueños, se han dado unos senadoconsultos sobre el público interrogatorio a que han de someterse los esclavos de los dueños que fueron asesinados.

D. 29.5.1. 17. Escribe Labeón que la expresión “asesinados” se refiere a los que perecieron violentamente o en una matanza; por ejemplo, si alguien fue degollado, estrangulado, despeñado “de una roca” o golpeado con piedra, o muerto con otra arma cualquiera.

D.29.5.1.24. También ha de saberse que, salvo que conste que uno fue asesinado, no deben los esclavos ser sometidos a interrogatorio, pues para que se aplique el senadoconsulto, debe estar claro que fue víctima de un crimen.

D.29.5.1.25 Más entendemos por interrogatorio, no sólo el uso de tormento, sino en general la inquisición y castigo del crimen.

D.29.5.1.26 Este senadoconsulto castiga en todo caso a los que vivieron bajo el mismo techo; en cambio, aquellos que no vivieron bajo el mismo techo, sino en la misma región, sólo son castigados si fueron cómplices”. Justiniano, *op. cit.*, vol. 2, pp. 394 a 396.

⁶⁴ Su obra que comprende cinco libros, que son conocidos como *Glossa Ordinaria* o *Magna Glossa*, en la cual reunió no sólo sus glosas sino también la de otros autores hasta alcanzar la impresionante suma de 96,000 glosas, cuya influencia fue fundamental.

... sed ego quaero, ad quid fiat haec quaestio? Respondeo ad inquirendam mortem defuncti. Sed haec questio non fit, nisi cum liquet cum scelere interfectum: ut hic. Nunquid ego fit quaestio semper, quando liquet? Respondeo liquere debet eum scelere defunctum, etsi persona ignoretur, quae fecerit. Ad personam ergo declarandam fit quaestio, quae ignorari potest, etiam si contest eum scelere occisum.⁶⁵

A partir de la glosa del anterior Senadoconsulto la doctrina discutió sobre cuándo se alcanzaba la prueba de la comisión de un delito. La primera respuesta se obtuvo recurriéndose a la materialidad del delito confrontada a la calidad de autor, la voluntad del mismo y culpabilidad.

En la explicación de la funcionalidad del concepto se recurrió al delito de homicidio como se establecía en el Senadoconsulto, que permitía aparentemente una fácil separación de aspectos materiales y subjetivos. Esta forma de exposición fue la causa por la cual la labor del juez de acreditar el delito fue bautizada en un inicio como *constare de corpore mortuo* y al final simplemente como *corpus delicti*.

Los comentaristas y los tribunales italianos fueron especialmente acuciosos en el acto por medio del cual se verificaba la existencia material del homicidio. A dicho acto se le denominó *visum et repertum* (visto y encontrado o descubierto), inicialmente correspondió al juez la obligación personal de verificar directamente la materialidad del delito y posteriormente sólo la obligación de mandar a un notario que cumpliera con la verificación. Con el acto *visum et repertum* se buscaba la percepción material de la existencia de la comisión del delito y su forma de realización.

En este período inició el desarrollo del principio de *judici ante omnia constare debet de delicto*, como presupuesto procesal para poder transitar de la inquisición general a la especial; por esto, la primera inquisición no fue dirigida contra persona cierta y terminaba en ese tiempo con una resolución que tenía por constatada la comisión del delito (*constare de delicto*). Correspondía a la segunda inquisición la determinación del autor (*certitudo auctoris delicti*).

La apreciación realizada al cadáver y a las heridas que presentaba obligó a resolver sobre la relación existente entre ambas para poder afirmar la comisión del homicidio. Este es el origen de que en las reglas de comprobación del cuerpo del delito de homicidio se estudiaran al principio los procesos de letalidad de las heridas, y conforme transcurrió el tiempo el problema del nexo de causalidad entre la conducta y el resultado de muerte.

⁶⁵ Gargani, *op. cit.* 187 y 188.

Igualmente, como en diversas instituciones procesales y penales, este proceso de verificación de letalidad de las heridas tiene sus antecedentes en Inocencio III; quien introdujo en el proceso inquisitorio canónico la inspección ocular del cadáver del inquisidor y la apreciación de los médicos sobre las heridas.⁶⁶

No debe olvidarse que la intervención de los médicos en esta etapa no corresponde a la actual necropsia, su intervención exclusivamente implicaba la apreciación de las heridas y su relación con la muerte (letalidad de las heridas). La necropsia en ese tiempo fue considerada como una *actividad bestial y diabólica*, es posteriormente como revela Carrara que *el escápelo anatómico se convirtió en instrumento indispensable para las comprobaciones criminales del homicidio*.⁶⁷

Este inicial desarrollo del *corpo delicti* que denominaremos materialista, implicó una tendencia a utilizar en la inquisición general únicamente medios probatorios cuyo objetivo fuera la certeza física de la existencia de un hecho delictivo, es fácilmente deducible que esta concepción hunde sus raíces en el notorio o *delicta manifesta* del Derecho canónico.

La forma de proceder en el caso de homicidio fue extendiéndose al delito de robo, existiendo la obligación de constatar la cosa sustraída (*constar de rebus substractis*). Y después a todos los delitos, por lo que se puede afirmar que existió una procesualización de cada uno de los delitos, al establecerse las formas de su constatación.

A consecuencia de esta procesualización se diferenció entre pruebas cuyo objetivo era constatar el delito utilizadas en la inquisición general y los medios probatorios referidos a los interrogatorios, tortura y confesión cuyo objetivo era probar la certitudo auctoris delicti, utilizados en la inquisición especial.⁶⁸ A los primeros medios probatorios se les conoció como prueba genérica y a los segundos como prueba específica. Al respecto Cesare Borghi escribe:

El delito se prueba en dos modos: primero en género y segundo en especie. Se prueba en género, cuando se prueba el hecho (*cum probatum factum*).⁶⁹

⁶⁶ Libro 5, título 11, capítulo 18 de las Decretales, citado por Mittermaier, Tratado de la prueba en materia criminal Sin nombre del traductor. México 1998. Angel editor, p. 169.

⁶⁷ Carrara, Francesco. *Programa de Derecho criminal*, vol. 3. Trad. José J. Ortega Torres y Jorge Guerrero. Colombia 1967. Ed. Temis, p. 51.

⁶⁸ La anterior es la razón de la diferenciación en los Códigos de Procedimientos Penales de la existencia de separación de la forma de comprobar el cuerpo del delito y la regulación de los medios probatorios.

⁶⁹ Borghi, Cesare Alberigo. *Instituzioni criminali*. Pisa 1768, p. 42. Versión de dicha obra se encuentra en http://www.idr.unipi.it/iura-communia/Borghi_def.html

El delito se prueba en especie cuando se prueba quien es el autor del delito, lo que sucede con la propia confesión judicial del delincuente o con la confesión judicial espontánea o con la confesión judicial forzada o con la confesión extrajudicial, o con la simulación lo que sucede por la fuerza del reo, o finalmente si prueba con amplios documentos, o con idóneos testimonios o con indicios indubitables.⁷⁰

Las diligencias que debía realizar el juez para comprobar el aspecto material de los delitos fueron desarrolladas rígidamente, llegándose no sólo a establecer la nulidad del proceso sino a castigar severamente a los jueces que no las cumplían como se señaló precedentemente.

El principio de *constare de delicto (judici ante omnia constare debet de delicto)* fue desarrollado como un presupuesto procesal para la apertura de la inquisición especial. Aparentemente dicho principio fue una garantía a favor de los inculcados, por constituir un límite de actuación fijado al juez para poder continuar la inquisición, sin embargo, esta supuesta garantía resultó ilusoria en la práctica.

Efecto de la diferenciación de pruebas genéricas y especiales fue privar de cualquier valor probatorio a la confesión para acreditar la existencia material del delito. Agostino da Rimini en *Additiones al Tractatus de maleficiis* de Angelo l'Aretino, afirmaba:

...la confesión, que no encontrara confirmaciones en la realidad factual, no podía asumir alguna relevancia jurídica, siendo necesaria la prueba del hecho, del cual las leyes hacían depender las consecuencias jurídicas. Según tal reconstrucción, el concepto de *constare de delicto* de hurto y del homicidio, sólo debían ser referidos, respectivamente, los res abstractae (*constare de rebus abstractis*) y el corpus mortuum (*constare de corpore mortuo*). La confesión, por su intrínseca naturaleza, no podía a proveer ninguna contribución a la prueba del hecho, en cuanto directa a proveer certeza acerca de la calidad de autor del delito (demostrando solo la mera voluntad de confesar).⁷¹

El siguiente autor trascendental en el desarrollo del concepto fue Alberto Gandino, quien escribió una obra fundamental para ese tiempo denominada *Tractatus de maleficiis* (1286-1287) y que constituye la primera obra en que un práctico expone el derecho y el procedimiento penal. Dicho autor fue un juez itinerante de varias ciudades italianas (Luca, Boloña, Florencia, Siena y Módena), que frecuentemente era requerido para dar opiniones sobre casos prácticos (los denominados *consilia*).

La obra mencionada ejerció influencia hasta el siglo XVI, en relación a nuestro tema es relevante por ser la primera en enunciar la regla de

⁷⁰ Borghi, Cesare Alberigo, *op. cit.*, pp. 55-56.

⁷¹ Gargani, *op. cit.* p. 192.

constare de delicto. Al referirse a la inquisición general la caracterizó como la etapa procesal que finalizaba con la constatación del delito. Enseñaba Alberto Gandino que en el lugar de la comisión del delito era posible constatar la verdad del delito y de sus circunstancias además de la calidad y condición de las personas.

En la inquisición sobre el delito se debía constatar por los sentidos, lo anterior implicaba que para su comprobación sólo se tomaban en consideración los datos exteriores y sensibles (esto es el aspecto objetivo). De ahí que la posición del autor sea calificada de objetiva.

Asimismo Alberto Gandino confirmó que la confesión no era prueba idónea para comprobar la existencia objetiva del delito.

La posición de considerar materialmente u objetivamente el concepto de *constare de delicto* presentó en la práctica dos tipos de problemas.

Los primeros y los que más influencia ejercieron para la revisión del concepto, fueron los casos en los cuales no era posible continuar con el proceso inquisitivo por falta de certeza física (material u objetiva), ejemplos de ellos se presentó en:

- La desaparición del cadáver por haberse arrojado a un río o al mar, siendo imposible su recuperación.
- El hurto a un estudiante de derecho en la Ciudad de Bolonia, quien había dejado su dinero bajo llave en un baúl y a su vez dentro de su habitación también bajo llave. Al regresar no se encontró el dinero, sin que en la inquisición general se hubiera acreditado la existencia del dinero robado ni ninguna huella sobre la sustracción (al haberse utilizado llaves adulteradas).
- Los delitos de injurias y adulterio en los que no se dejaba ninguna huella de la comisión de los mismos.

Aún cuando menos significativo también fue posible que teniendo certeza material u objetiva de un hecho no debía continuarse con el proceso inquisitivo por no existir delito. Ejemplo de lo anterior son los incendios o muertes accidentales o el suicidio en los que las heridas apreciadas y el resultado fueron por acciones voluntarias de la víctima.

Luden, hasta el siglo XIX critica las posiciones anteriores estableciendo que no se trataba de una prueba “real” del delito sino de una prueba “aparente”, no era posible distinguir entre un hecho delictivo y uno no delictivo, entre delitos dolosos o culposos, por lo tanto la doctrina tuvo que buscar otros criterios para diferenciarlos.

Las dificultades en la aplicación del concepto de *constare de delicto* referido a la certeza física violaban la aplicación del principio de *et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita* (es interés público, que los maleficios no permanezcan impunes) que justificaba el proceso inquisitivo.

Correspondió a Baldo fijar el camino para solucionar el problema de la funcionalidad del sistema. En este autor podemos apreciar su cambio de opinión sobre el contenido del principio *judici ante omnia constare debet de delicto*, al sostener en su comentario al Senadoconsulto Siliano un criterio objetivo, con las consecuencias que esto implicaba (desvalorización probatoria de la confesión para comprobar el *constare de delicto* y no apertura de la inquisición especial hasta tener la certeza física del delito).

Sin embargo, con posterioridad en sus Adiciones al *Sepeculum Judiciale* de Durante, formuló una excepción. Baldo sostuvo que a pesar de no encontrarse huellas de la comisión del delito, ejemplo de ello sería el cadáver irrecuperable, era posible condenar por homicidio probado por la *fama*, esto significaba que por las voces de las personas que rodeaban a un sospechoso lo acusaban de su comisión (mala fama), así afirmó:

Saltem si per famam probaretur mors licet corpus inspicci non posset vel quia in sepulchro resolutum vel in flumine proiectum tunc stabitur confessioni, argumentum ad hoc, quia mors potest probari per famam.

Dicha fórmula conocida como *saltem si per famam*, fue de gran utilidad en la práctica de los Tribunales, al ser utilizada para condenar sobre la base de la mala fama de quien confesaba y que debía vincularse con las características del lugar en donde había ocurrido el hecho.

El siguiente paso fue vincular la buena fama de la víctima como equivalente para comprobar el cuerpo del delito. Y lo anterior sucedió en el caso del robo al estudiante que se ha señalado anteriormente, para lo cual se pidió opinión a Hipólito Marsigli, quién estimó la posibilidad de probar a través de indicios o conjeturas de los cuales se infiriera el robo del dinero. Siendo posible utilizar la declaración de testigos no para que declararan sobre el apoderamiento, sino sobre la honestidad, probidad y sinceridad de la víctima (buena fama de la víctima).

Con base en este método la doctrina inició la construcción de reglas probatorias para cada uno de los delitos, enlazadas sobre conjeturas y presunciones como equivalentes prácticos de los criterios materiales y objetivos. Estas elaboraciones constituyeron excepciones al principio de *constare de delicto* justificadas por las dificultades probatorias presentadas en la realidad y la vigencia del principio de que los delitos no deben de quedar impunes. A consecuencia de lo anterior la doctrina comenzó a distinguir delitos con dificultad de probarse (*delicta difficilis probationis*) y

delitos que no dejaban detrás de sí huellas o signos de carácter sensible (*delicta in quibus signa no rmanent*), como excepciones para condenar sin prueba material u objetiva, al poderse condenar con la confesión sumada a un indicio o determinada fama (del inculpado o de la víctima).

Las consecuencias de estas excepciones fueron:

- Extensión de la interpretación del *Senadoconsulto Siliano* para admitir pruebas no materiales u objetivas.
- Inicio de la desmaterialización del *constare de delicto* al admitir pruebas subjetivas para su constatación (confesión y testimoniales).
- Inutilidad de distinguir entre pruebas genéricas y especiales.
- Punto de partida para el quiebre del sistema tasado de valoración de pruebas, puesto que la fama era un indicio apreciado por el juez.
- Pérdida de claridad de diferencia entre inquisición general y especial.
- Oscuridad entre la distinción entre hecho y autor.

Resulta obvio que al extenderse el concepto de *constare de delicto* la doctrina recurrió a la fama proveniente del Derecho canónico.

El siguiente autor relevante en el desarrollo del *constare de delicto* fue Guilio Claro su obra más relevante denominada *Receptae Sententiae* (1568) y que mantuvo su influencia hasta el siglo XVIII. Claro en su obra analiza en los primeros cuatro libros cuestiones civiles y es en el libro quinto donde expone los delitos (en orden alfabético) y el proceso penal.

Claro mantiene la distinción de inquisición general y especial, confirmando la utilidad del principio *judici ante onmia constare debet de delicto* y la obligación del juez de no abrir inquisición especial si primero no resulta que el delito ha sido cometido (*numquam debet judex procedere ad aliquem actum nisi prius illi constet delictum ipsum fuisse commissum*).

La innovación de Claro es la distinción de los diversos grados de constare que se presentan en el desenvolvimiento del proceso. Así se requerirá de un grado de constare para abrir la inquisición especial, otro grado de constare para la tortura y diferente grado de constare para condenar (*aliter debet constare de delicto ad effectum torquendi seu condemnandi, ... ad affectum inquirendi seu procedendi*).

Al explicar los requisitos indispensables para abrir la inquisición especial establece la necesidad de distinguir sobre la base de la prueba que es posible obtener de los hechos y de la modalidad de la comisión de los mismos.

Lo anterior le sirve para diferenciar entre dos clases de delitos, en efecto, explica Claro que hay ocasiones en que los hechos permanecen y en estos casos el juez debe acreditar la comisión del delito antes de abrir la inquisición especial; estos ilícitos los denominó *delicta facti permanentis*.

Por otro lado, existen otra clase de hechos los cuales son transitorios y después de cometidos se desvanecen, en estos casos no es posible obligar al juez a practicar actuaciones cuando no existe huella o esta desapareció, por lo que, no es posible constatar algo inexistente; en estos casos, es posible transitar directamente a la inquisición especial, una vez obtenida la denuncia o querrela; a estos delitos los denominó *delicta facti transuntis*.

La flexibilidad de la distinción permitió conducir a los delitos de hechos transitorios todos los delitos que no dejaban huella, por su propia naturaleza (por ejemplo los de ánimo) o por voluntad del activo (desaparición del cadáver). En esta clase la investigación sobre el *veritas delicti* y *certitudo auctoris delicti*, acontecía en la inquisición especial.

Prospero Farinaccio en su obra *Variae quaestiones et communes opiniones criminales* (1581), recopila diversas resoluciones de los tribunales italianos que demuestran como había trascendido el concepto de *constare de delicto*. Al tratar el proceso inquisitivo, utiliza por primera vez el termino *corpus delicti*, al afirmar que el primer requisito de la inquisición es la prueba del cuerpo del delito: *... primun inquisitionis requisitum est probatio corporis delicti...*

Farinaccio también en su obra *Praxis et theoricae criminalis* (1634) reconoce que el primer requisito de la inquisición es la prueba del *corpus delicti*.⁷²

En el segundo argumento del libro mencionado y que se denomina *De corpore delicti, quando y quomodo ludici constare debeat, antequam procedat ad inquisitionem, capturam, torturam, seu condenam*.⁷³ En dicha parte de la obra el autor desarrolla las diligencias a realizar para comprobar el cuerpo del delito de homicidio, hurto, falsa moneda, adulterio, sodomía, herejía y envenenamiento. De la lectura se desprende que el desarrollo no varía de lo señalado por autores anteriores, las citas a los mismos son constantes. Pero además la combinación de pruebas objetivas como la inspección del lugar de los hechos y los resultados pero también el uso de los indicios para probar aspectos objetivos. Así expresamente hace múltiples referencia a la fama para acreditar el *corpus delicti* de los delitos que trata.

⁷² Farinacii, Proserpi. *Praxis et theorice criminalis*. Partes Prima, Tomus Primus. 1634, p. 3.

⁷³ *Op. cit.* p. 12.

III. Conclusiones

1. En el período que comprenden los siglos XII a XVI los glosadores, canonistas y postglosadores transformaron el proceso penal utilizando el principio de *et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita* (es interés público, que los maleficios no permanezcan impunes).
2. Se partió de la regla lógico-práctica de que para afirmar la calidad de delincuente debía primero constatar la sustancia, esto es el delito. Lo anterior permitió distinguir dos etapas en el proceso penal inquisitivo. La inquisición general cuya finalidad era la de constatar la comisión de un delito (los distintos nombres que adoptó esta operación fueron *res in qua peccatum est, veritas criminis, liquidatio delicti, constat de corpore delicto* o *corpus delicti*). Y la inquisición especial en donde se demostraba la autoría del delito (*certitudo auctoris delicti*).
3. La existencia de dos etapas procesales permitió diferenciar entre prueba genérica y prueba especial. En la primera la finalidad era constatar la existencia física (material u objetiva) de la comisión de un delito y la segunda la autoría del mismo, sin que pudieran mezclarse dichas pruebas. Huellas de esta distinción existen todavía en la actualidad en los códigos de procedimientos penales del país, ya que existe un apartado sobre el cuerpo del delito y otro sobre las pruebas.
4. La doctrina fue elaborando el *principio de iudici ante onminia constare debet de delicto*, que consistía en la imposibilidad de abrir inquisición especial sin antes constatar la comisión de un delito, de ahí que el concepto tuviera una función eminentemente procesal.
5. El concepto de *constare de delicto* fue desarrollándose en contraposición a la autoría del mismo. De ahí que en una primera aproximación la doctrina le hubiere dado un contenido material en oposición al contenido subjetivo del delito.
6. Posteriormente el concepto de *constare de delicto* se amplió a todos los elementos objetivos del delito, esto es a todos los aspectos que se podían constatar a través de los sentidos.
7. En la práctica el sistema presentó problemas de operabilidad en dos aspectos:
 - a) La imposibilidad en diversos delitos de obtener su certeza física, por no dejar huellas o estas hubieren desaparecido.

- b) Teniendo la certeza física de un hecho no era posible afirmar la comisión de un delito.
8. Esta falta de operabilidad afectaba el principio base del sistema inquisitivo *et publice interest, quod maleficia non remaneant impunita*, lo que motivo a que se comenzara a utilizar la prueba indiciaria y se elaboraran catálogos estableciendo los indicios que permitían inferir la comisión de cada delito. Las reglas especiales para comprobar el cuerpo del delito que contenían nuestros ordenamientos procesales, hasta relativamente hace poco tiempo, tienen este origen.
9. Sin embargo, ese sistema tuvo como consecuencia:
- a) Extensión de la interpretación del *Senadoconsulto Siliano* para admitir pruebas no materiales u objetivas.
 - b) Inicio de la desmaterialización del *constare de delicto* al admitir pruebas subjetivas para su constatación (confesión y testimoniales).
 - c) Inutilidad de distinguir entre pruebas genéricas y especiales.
 - d) Punto de partida para el quiebre del sistema tasado de valoración de pruebas, puesto que la prueba indiciaria debía ser apreciada por el juez.
 - e) Pérdida de claridad de diferencia entre inquisición general y especial.
 - f) Oscuridad entre la distinción entre hecho y autor.
10. Los presupuestos para que esta doctrina funcionara, como escribe Molina Fernández,⁷⁴ serían:
- a) Desde un punto de vista procesal, que el delito se pueda acreditar exclusivamente con elementos materiales u objetivos.
 - b) Desde un punto de vista sustantivo, que el delito pueda definirse exclusivamente con elementos externos y ajenos al autor del mismo.
11. Con ninguno de estos presupuestos es posible cumplir, ni en la época en que se desarrolló la doctrina del *constare de delicto*, ni actualmente.

⁷⁴ Molina Fernández, Fernando. *Antijuridicidad penal y sistema del delito*. Colombia 2003. Ed. Universidad del Externado de Colombia y José María Bosch editor, p. 99.

12 De la misma forma Luden indicaba respecto a los problemas de prueba del delito lo siguiente:

... por su propia naturaleza muchos delitos están constituidos de tal manera que no dejan tras de sí ninguna huella externamente perceptible, por decirlo de alguna manera, ningún *corpus delicto corporal*. En otros delitos está frecuentemente en manos del delincuente la destrucción de sus huellas, de manera que después de ningún caso puede encontrarse un *corpus delicti* en el sentido literal de término.

13. La teoría del *constare de delicto* constituye el primer intento de distinción entre elementos objetivos y subjetivos del delito.⁷⁵

Corresponderá a los prácticos alemanes la continuación del desarrollo del concepto, pero ampliando la perspectiva de los italianos.

⁷⁵ Como el presente artículo es parte de una investigación sobre el desarrollo del juicio de tipicidad, las conclusiones expuestas son provisionales.