

LOS PRINCIPIOS CLÁSICOS DEL PROCEDIMIENTO Y  
 LA PALABRA HABLADA EN EL SISTEMA JURÍDICO INDIANO  
 EL ESTILO DE CHILE

ANTONIO DOUGNAC RODRÍGUEZ\*  
 de la Academia Chilena de la Historia

RESUMEN

El autor rastrea los aspectos orales del derecho procesal indiano, conectándolos con los llamados principios clásicos del procedimiento: publicidad, concentración, celeridad, contradicción, igualdad procesal, intermediación y dirección judicial. Desde la introducción de la concentración en el derecho canónico, los poderes civiles, como el castellano, procuraron también ponerla en práctica con procedimientos que posteriormente pasaron a América. A través del estudio de los procedimientos indianos civil, penal y otros especiales, se procura el examen de la presencia en ellos de los ya referidos principios clásicos del procedimiento y la incidencia de los medios verbales en su consecución.

PALABRAS CLAVE: Principios procesales - Procedimiento indiano - Oralidad - Publicidad - Concentración - Celeridad - Contradicción - Igualdad procesal - Intermediación - Dirección judicial - Real Audiencia - Alcaldes ordinarios.

ABSTRACT

Oral aspects of the Colonial adjective law are traced by connecting them to the so-called classical principles of procedure: publicity, concentration, celerity, contradiction, procedural equality, immediacy, and judicial direction. From the introduction of the concentration of canonical law, civil powers, such as the Spanish language, also attempted to put it into effect with procedures that crossed to the American continent. Through the study of civil, penal, and other *Indiano* procedures, an analysis of both the presence in them of the classical principles already mentioned and the influence of the oral media on its objective is carried out.

KEY WORDS: Procedural principles - *Indiano* Procedure (carried out by the Spaniards who returned to Spain during the colonial period) - Orality - Publicity - Concentration - Celerity - Contradiction - Procedural equality - Immediacy - Judicial direction - Highest Appeal Courts of the Indies - Village magistrate exercising ordinary jurisdiction.

---

\* Catedrático de Historia del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Dirección postal: Pío Nono con Bellavista, Providencia, Santiago. Correo electrónico: raffaste@yahoo.com

## I. LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL DERECHO PROCESAL Y EL USO DE LA PALABRA<sup>1</sup>

Motiva el presente estudio el interés que existe actualmente por los aspectos verbales del procedimiento, habiéndose instaurado juicios orales en diversas partes del mundo<sup>2</sup>. Gran impulsor de éstos fue Giuseppe Chiovenda, quien, parangonando los procedimientos escrito y verbal manifestaba, basándose en “la experiencia sacada de la historia [...] que el proceso oral es, con mucho el mejor de los dos y el que mejor conviene a la naturaleza y exigencias de la vida moderna, ya que sin comprometer en nada, antes bien, garantizando el acierto intrínseco de la decisión, proporciona ésta con mayor economía, sencillez y celeridad”<sup>3</sup>. En lo que a Chile respecta, en el presente año se ha terminado de implantar para todo el país un procedimiento penal oral y se están dando pasos para extender el sistema a otros campos del Derecho. Así las cosas, he querido hacer una cata y cala en el sistema jurídico indiano para ver hasta qué punto se dieron o no juicios verbales u otros aspectos no escritos en los procedimientos normalmente utilizados y su incidencia en los que se ha dado en llamar principios clásicos del procedimiento, todo ello bajo la perspectiva de la praxis chilena.

Algunos de los principios más apreciados por el Derecho Procesal<sup>4</sup> se dan con facilidad en los momentos procesales orales. Tales son los de contradicción, pues una parte podrá oponerse sobre la marcha a las peticiones inconducentes del otro; de igualdad procesal, que permite a los contrincantes tener las mis-

<sup>1</sup> Este trabajo se ha podido realizar gracias a la colaboración de FONDECYT, que el autor agradece.

<sup>2</sup> A. M. Hespanha, *The everlasting return of orality* en <http://www.hespanha.net/antniomanuelhespanha/id5.html>

<sup>3</sup> G. CHIOVENDA, *Instituciones de Derecho Procesal Civil* (traducido del italiano y notas del Derecho Español por E. Gómez Orbaneja, Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1948; 1954), I: *Conceptos fundamentales. La doctrina de las acciones*, p. 168; *Principios de Derecho Procesal Civil* (tr. J. Casáis y Santaló [de la 3ª ed. italiana], (Madrid: Reus, 2000), II, p. 182.

<sup>4</sup> M. CAPELLETTI, *Proceso oral y proceso escrito en La oralidad y las pruebas en el proceso civil* (trad. del italiano por S. Sentís Melendo, Buenos Aires, E. J. E. A., 1972); M. CAPELLETTI, *Publicización, oralidad, socialización, en El proceso civil en el derecho comparado, grandes tendencias evolutivas* (tr. S. Sentís Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A., 1968), pp. 43-82.; F. CARNELUTTI, *Derecho y Proceso* (tr. del italiano S. Sentís Melendo, Buenos Aires: E.J.E.A., 1971); F. CARNELUTTI, *Instituciones del nuevo proceso civil italiano* (tr. J. Guasp, Barcelona, Bosch, 1942); F. CARNELUTTI, *Instituciones del Proceso Civil* (tr. S. Sentís Melendo [de la 5ª ed. italiana], Buenos Aires, E.J.E.A., 1959); J. MONROY GÁLVEZ, *Introducción al Proceso* (Bogotá, Themis, 1996), I, p. 94; J. A. VEGA RUIZ, *El principio de audiencia, en Estudios Jurídicos, Cuestiones Varias de Derecho Público y Privado* (Madrid: Gobierno de Canarias, 1988), pp. 377-384; E. JARA CASTRO, *La prueba en el proceso civil*, en A. ONFRAY VIVANCO, *Reforma Orgánica al Proceso Civil. La Defensa del Estado ante los Tribunales de Justicia: Una aproximación particular a la Nulidad de Derecho Público* (Santiago, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2004), p. 52; E. J. COUTURE, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, (Buenos Aires, Depalma, 3ª ed. póstuma, 15ª. reimp. 1988); P. CALAMANDREI, *Instituciones de Derecho Procesal Civil según el nuevo Código* (tr. S. Sentís Melendo de la 2ª. ed. it., Buenos Aires, E. J. E. A., 1962), 2 vol.; A. DE LA OLIVA SANTOS - I. DIEZ-PICAZO-GIMÉNEZ, J. VEGA TORRES, *Derecho Procesal. Introducción*. (3ª ed., Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2004), pp. 55-71.

mas posibilidades de defensa frente a su contraparte; de intermediación que, en un procedimiento oral, facilita que el juez conozca personalmente a las partes y pueda apreciar por sí mismo las probanzas allegadas<sup>5</sup>; de dirección judicial, que facilita al juzgador la represión de medidas obstruccionistas que las partes quisieran introducir; de publicidad, que permite que todos los acontecimientos del juicio sean conocidos por las partes (publicidad interna) o que la comunidad que tenga algún interés en ello pueda enterarse (publicidad externa); de economía procesal, en virtud del cual se procura la obtención del máximo resultado posible con el mínimo esfuerzo, tanto en lo tocante a los actos procesales como a las expensas que ellos impliquen; de concentración, derivado del anterior, que evita la práctica de medidas dilatorias viciosas, de modo que todo el proceso se verifique en el mínimo de audiencias; de celeridad, por el que, dejándose de lado las dilaciones que usualmente trae consigo la escrituración, es claro que se adelantará la solución del conflicto planteado, entre otros.

No obstante el uso corriente que se hace en el ámbito jurídico de la expresión oralidad, ésta no aparece como tal en el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. Sí figura, en cambio, en la edición de 1739, la expresión *verbal*, la que siempre ha tenido alguna connotación jurídica: “Verbal. adj. de una term. Lo que se hace o contrata con solas palabras como injuria verbal. Lat. Verbalis, Solis, *Historia de Nueva España*, lib. 5, cap. 8: A pocos días que se repitió este juicio, poco mas que verbal, convinieron todos”<sup>6</sup>. Tal definición, con ligera variante, y sin la cita de Solís, la encontramos en las ediciones usuales o vulgares de 1780, 1783, 1791, 1803, 1817, 1822, 1832, 1837, 1843, 1852, 1869 y 1884. En las de 1899 y 1914 se lee: “Que se hace o estipula de palabra. Injuria, contrato, juicio, Verbal”. En la de 1925 hallamos: “Verbal: [...] 2. adj. Que se hace o estipula solo de palabra, y no por escrito”, que continúa apareciendo así hasta nuestros días. En cuanto a la expresión oral, la última edición del *Diccionario*, en la acepción que nos interesa, señala: “1. (Del lat. *os, oris*, boca.) adj. Expresado con la boca o con la palabra, a diferencia de escrito. Lección, tradición oral”. Tal término no se encontraba en la primera edición y sólo aparecerá en la de 1822.

Data de antiguo la preocupación por la celeridad en la tramitación y término de los juicios de modo que tanto las partes como la vindicta pública —en el caso de los procesos penales— quedasen satisfechas en sus resultados<sup>7</sup>. A Justiniano se

<sup>5</sup> Según BENTHAM, cit. por CHIOVENDA, *Instituciones*, cit. (n. 3), III, p. 170: “*le juge ne peut plus connaître par ses propres observations ces caractères de vérité si saillants et si naturels qui tiennent à la phisionomie, au son de voix, à la fermeté, à la promptitude, aux émotions de la crainte, à la simplicité de l’innocence, à l’embarras de la mauvaise foi [...]*”.

<sup>6</sup> *Diccionario de la lengua castellana, en que se explica el verdadero sentido de las voces, su naturaleza y calidad, con las frases o motivos de hablar, los proverbios o refranes y otras cosas convenientes del uso de la lengua* (Madrid, Herederos de Francisco del Hierro, 1739), VI.

<sup>7</sup> F. A. DE ELIZONDO, *Práctica Universal Forense de los Tribunales de España, y de las Indias* (Madrid, Por la viuda de Ibarra, Hijos y Compañía, 1796), IV, p. 61. “*Las Repúblicas se interesan en la breve expedición de las causas, que durante la reprobada costumbre de los primeros siglos se decidieron al influxo de las armas, y no de la sinceridad de una tela judiciaria bien ordenada, y sin los círculos abusivos de sus trámites prolongados, que aniquilan no solo á las familias, imposibilitándolas satisfacer las cargas públicas, y del estado, sí tambien distraen á los menestrales, y artesanos de sus*

deben las siguientes palabras: “*Properandum nobis visum est, ne lites fiant pene immortales*<sup>8</sup>, *et vite hominum modum excedant, cum criminales quidem causas iam nostra lex biennio conclusit*<sup>9</sup>; *et quum pecuniariae causae frequentiores sunt*<sup>10</sup>, *et saepe ipsae materiam criminibus creare noscuntur: praesentem legem super his per orbem terrarum nullis locorum vel temporum angustiis coarctandam, ponere censemus. Itaque decernimus, omnes lites super pecuniis quantumcumque quantitatis, sive super conditionibus, sive super iure civitatum, sive privatorum fuerint illatae, sive super possessione, vel dominio, vel hypotheca, vel pro aliis quibusdam casibus, pro quibus hominibus inter se litigandum est, exceptis tantummodo causis, quae ad ius fiscale pertinent vel quae ad publicas respiciant functiones, non ultra triennii metas post litem contestatam esse protrahendas*”<sup>11</sup>. Por consiguiente, las causas civiles debían quedar resueltas en un plazo máximo de tres años desde que se había producido la *litis contestatio*, y, aunque las partes quisiesen alargar el pleito, el juez no debía permitírsele y estaba obligado a dictar sentencia.

A diferencia de los antiguos procedimientos romanos de las *legis actiones* y formulario, que eran enteramente orales, la *cognitio extraordinem*, usada originalmente para casos especiales y más tarde como el único procedimiento ordinario, da cabida a la escrituración. Los griegos, inclinados a la puesta por escrito de los actos jurídicos, ejercieron no poca influencia en el mundo romano, la que se manifiesta en el referido procedimiento. Este fue el que los glosadores y comentaristas admiraron en la Baja Edad Media, de modo que la más habitual postura de los seguidores del *Ius Commune* fue la de aceptar el procedimiento escrito. Siendo el Derecho Indiano un *ius proprium* frente al castellano<sup>12</sup>, y éste, a su vez, hechura en gran medida del *Ius Commune*, los principios de éste primaron en Indias.

Será en la Iglesia Católica que surgirá, primero tímidamente, y más tarde con empuje que terminó siendo imitado por los poderes civiles, la vinculación entre la aceleración de los procesos y el empleo de la palabra. Se atribuye a Ivo de Chartres (1040-1116) el establecimiento de la correspondencia entre lo verbal y lo escrito en el procedimiento canónico, con el objeto de favorecer la conciliación entre las partes y una mayor rapidez en la dictación de la sentencia. Dos siglos más tarde, Inocencio III en c. *Finem de dolo et contumacia* mostró interés por la abreviación de los juicios: “*Finem litibus cupientes imponi, ne partes ultra modum graventur laboribus et expensis*”. Prescribe algunas reglas contra aquéllos que maliciosamente pretendían hacer uso de algunas excepciones que no podían probar con la aviesa intención de dilatar los juicios<sup>13</sup>.

---

*telares, y tiendas por medio de la perturbacion de los ánimos, y de la inmortalidad de las contiendas [...]”*: Cita al efecto a VAN SPEN *Ius Ecclesiasticum*, VIII: *Observat. in Concil. Lateranense*, can. 21, y a MURATORI, *Dei Difetti della Giurisprudebnza*.

<sup>8</sup> En algunos textos se lee *perennes*.

<sup>9</sup> En algunos textos se lee *concluserit*.

<sup>10</sup> En algunos textos se lee *sint*.

<sup>11</sup> CI. 3, 1, 13.

<sup>12</sup> Cfr. J. BARRIENTOS GRANDON, *Historia del Derecho Indiano del Descubrimiento colombiano a la Codificación*, I: *Ius Commune-Ius Proprium en las Indias Occidentales* (Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2000).

<sup>13</sup> L. A. MURATORI, *Dei Difetti della Giurisprudenza*, cap. 14: “*Del pernicioso difetto della*

Entre 1272 y 1286 aparece un estudio, *De sumariis cognitionibus*, de Juan de Fagioli, que tuvo amplia difusión por haber sido incorporada en el *Speculum iudiciale* de Guillermo Durante. Era la obra de este último un florilegio de escritos de diversos autores, que por su carácter práctico, mereció el favor de los que ejercían en el foro, siendo muy reproducida. “Consta de ocho apartados o capítulos que tratan de la cognición plenísima, la cognición plena, la semiplena o sumaria y partes, diferencias entre la cognición sumaria y la plenaria y desarrollo del procedimiento sumario”<sup>14</sup>. La presentación de Fagioli animó a diversos autores a tratar el tema del juicio sumario junto con el del ordinario.

En 1305 asume el solio pontificio un jurista de nota, Bertrand de Goet, con estudios en Orléans y Bolonia, quien tomó el nombre de Clemente V y fue autor de la compilación conocida como *Liber Septimus* o *Clementina*, promulgada por su sucesor, Juan XXII, en 1317. Coincidiendo con el cuidado que habían manifestado otros papas por la abreviación de los juicios, cuya duración solía ser excesiva, dicta en 1306 su constitución *Saepe contingit*, que revolucionará el procedimiento del *Ius Commune*: “*Saepe contingit, quod causas committimus, et in earum aliquibus simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii procedi mandamus; de quorum significatione verborum a multis contenditur et qualiter procedi debeat dubiatur. Nos autem, dubitationem huiusmodi, (quantum nobis est possibile), decidere cupientes, hac in perpetuam valitura constitutione sancimus, ut iudex, cui taliter causam committimus, necessario libellum non exigat, litis contestationem non postulet, tempore etiam feriarum, ob valeat, amputed dilationem materiam, litem, quantum poterit, faciat breviorum, exceptiones appellaciones dilatorias et frustratorias repellendo, partium, advocatorum et procuratorum contentiones et iurgia, testimoniumque superfluum multitudinem refrenando. Non sic tam iudex litem abbreviet, quin probationes necessariae et defensiones legitima admittantur*”<sup>15</sup>. Sucedió a menudo que el Papa encargaba el conocimiento de algunas causas a determinados tribunales encareciéndoles que lo hiciesen *simpliciter et de plano ac sine strepitu et figura iudicii*, esto es, que procediesen con simplicidad y de plano, sin la pompa y figura de un proceso judicial, que solía ser largo. Como se produjeron dudas sobre cómo entender el dicho papal, éste les aclaró que debían apartarse de diversas formalidades, tales como, no exigir demanda escrita; omitir el trámite de la contestación de la demanda; proceder aun en días feriados; que, en cuanto estuviese a su alcance, abreviasen los juicios; reprimiesen las argucias dilatorias en materia de excepciones o apelaciones así como las contiendas de las partes, abogados y procuradores, además de limitar el número de los testigos. La abreviación, sin embargo, no debía ir tan lejos como que llegase a impedir la rendición de las pruebas necesarias o la legítima defensa de las partes. Encontramos aquí que, al autorizar el Pontífice que se iniciasen juicios sin libelo, lo hiciesen verbalmente. Como contrapartida, la defensa también podría ser oral con el consiguiente ahorro de tiempo. Dice al

---

*Giurisprudenza per la lunghezza delle liti*”. *Defectos de la Jurisprudencia* (trad. del lic. Vicente María de Tercilla, Madrid, 1794).

<sup>14</sup> A. PÉREZ MARTÍN, *El Derecho Procesal del ‘ius commune’ en España* (Murcia, Instituto de Derecho Común Europeo, Universidad de Murcia, 1999), pp. 29-30.

<sup>15</sup> Clem. 5, 11, 2.

respecto Chiovenda: “dispensando del libelo, de la contestación de la litis, de la rigurosa sucesión de los términos procurando concentrar en una sola audiencia todas las deducciones de las partes, reforzando los poderes del juez en la duración del litigio, aumentando los contactos entre las partes y el juez y la oralidad de la causa, admitiendo un verdadero y propio juicio en rebeldía”<sup>16</sup>.

Tras la constitución *Saepe contingit*, y seguramente entusiasmado por el éxito del nuevo sistema, al que se dio en llamar procedimiento clementino, decidió Clemente V ampliar su aplicación, para lo que dictó en 1311 la constitución *Dispendiosam de iudiciis*: «*Dispendiosam prorogationem litium (quam interdum ex subtili ordinis iudicarii observatione caussarum, docet experientia provenire) restringere in subscriptis casibus cupientes: Statuimus, ut in caussis super electionibus [...]. procedi valeat de cetero simpliciter, et de plano, ac sine strepitu iudicii et figura*”<sup>17</sup>. Ello permitió que el nuevo procedimiento pudiese ser empleado sin necesidad de dispensas o concesiones *ad hoc*. Fue dictada con el interés de reducir las dilaciones que se producían en los procesos, como mostraba la experiencia, a consecuencia de una escrupulosa aplicación del procedimiento judicial a los casos concretos. Admitió que se procediese simplemente y de plano, sin estrépito ni figura de juicio en los casos que se encontraran en tramitación así como en los futuros y aun en aquéllos con apelación pendiente, en las siguientes situaciones: elecciones, postulaciones, provisiones, dignidades, oficios, canonjías, ingresos y cualquier beneficio eclesiástico, exacción de diezmos, casos matrimoniales y de usura y otras similares o conexas<sup>18</sup>.

El referido Giuseppe Chiovenda, que a fines del siglo XIX y comienzos del XX, bregó por la introducción del juicio oral en el procedimiento penal y, más tarde, en el civil, atribuye a las constituciones clementinas un carácter pionero en cuanto a la concentración del proceso y a las facultades de dirección de éste por parte del juez, quien, como se ha visto, podía aun rechazar testigos inoficiosos y apelaciones retardatarias<sup>19</sup>. Pero el gobierno civil también tomó cartas en la abreviación de los pleitos a través de las constituciones *Ad reprimendum* y *Quoniam nuper* de Enrique VII (1309-1313)<sup>20</sup>. Todo ello implicó una abreviación de los

<sup>16</sup> CHIOVENDA, cit. (n. 3), I, p. 127. Otros insignes defensores del juicio oral han sido Carnelutti y Calamandrei en Italia, citados más arriba; James Goldschmidt en Alemania [GOLDSCHMIDT, *Derecho procesal civil* (trad. L. Prieto Castro y notas de N. Alcalá-Zamora Castillo, Barcelona, Ed. Labor, 1936)], y Beceña en España [F. BECEÑA González, *Magistratura y Justicia. Notas para el estudio de los problemas fundamentales de la organización judicial* (Madrid, Librería General de Victorino Suárez, 1928)].

<sup>17</sup> Clem. 2, 1, 2.

<sup>18</sup> A. X. PÉREZ Y LÓPEZ, *Teatro de la legislación universal de España e Indias* (Madrid, Imprenta de Manuel González, 1794), XVIII, p. 237.

<sup>19</sup> El procesalista español Montero Aroca lo llama proceso plenario ordinario rápido, pues permitía abordar todo tipo de materias, correspondiendo al juez una cognición amplia por lo que su sentencia producía el efecto de cosa juzgada material: J. MONTERO, *Derecho Jurisdiccional* (13ª. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, II: *Proceso Civil*, pp. 523 ss..

<sup>20</sup> V. FAIRÉN GUILLÉN, *El proceso en la extravagante 'ad reprimendum' de Enrique VII (1313) y su exégesis por Bartolo de Sassoferrato en AHDE*. 73 (Madrid, 2003), pp. 265-286. Sobre la influencia del Derecho Canónico en el procedimiento civil español, J. MALDONADO Y FERNÁNDEZ DEL TORCO, *Líneas de influencia canónica en la historia del proceso español*, en *AHDE. Estudios en homenaje a don Eduardo de Hinojosa* 23 (Madrid, 1953), pp. 467-493.

procesos que llamó la atención a la Escuela de los Comentaristas o postglosadores por lo que tanto las referidas disposiciones canónicas como las civiles recibieron su aportación intelectual. Destacan al efecto los trabajos de Juan Andrés, Juan de Lignano y Lanfranco de Oriano<sup>21</sup> relativos al Derecho Canónico y de Bartolo de Sassoferrato en torno a la constitución *Ad reprimendam*. Entre los autores españoles que, posteriormente, se refirieron al juicio sumario, pueden mencionarse Azevedo<sup>22</sup>, Avendaño<sup>23</sup>, Barbosa<sup>24</sup>, Castillo de Bobadilla<sup>25</sup>, Miñan<sup>26</sup>, Suárez de Paz<sup>27</sup>, Yáñez Parladorio<sup>28</sup> y muchos más.

En el siglo XVIII, Luigi Antonio Muratori (1672-1750), en su *Defetti della Giurisprudenza* (1741), pondera las reformas clementinas encaminadas a la abreviación de los procesos y, en particular, su incursión en el juicio oral. Otro tanto hizo el también italiano Mario Pagano (1748-1795) y Jeremías Bentham en Inglaterra (1748-1832). El primero fue ampliamente conocido en España e Indias, en tanto que el tercero, ejerció una influencia considerable en los juristas de la primera mitad del siglo XIX: en Chile<sup>29</sup>, concretamente, sobre Juan Egaña<sup>30</sup> y Andrés Bello<sup>31</sup>. Que el tema interesaba a los ilustrados españoles lo demuestra el que Alonso María de Acevedo haya leído en la Academia de Buenas Letras de Sevilla un *Discurso sobre la importante necesidad de abreviar los pleytos*<sup>32</sup>.

<sup>21</sup> LANFRANCUS DE ORIANO (†Brescia, 1488; enseñó en Padua), autor de *Repetitio super Clem. Saepe de verborum significatione, y Lectura super Clem. Dispendiosam de iudiciis* publicadas por primera vez en Colonia en 1488.

<sup>22</sup> *Commentariorum Iuris Civilis in Hispaniae Regias Constitutiones* (Salmanticae, 1583-1598 y muchas ediciones) *In l. 27, tit. 6 lib. 3 Rec. & in l. 19 tit. 9 lib. 3 Recop.*

<sup>23</sup> *In 4 Praetor.* n. 26.

<sup>24</sup> Petrus BARBOSAE, *Tractatus* (Francofurti, 1606), II, 1, *In l. 18, núm. 1 a 26.*

<sup>25</sup> J. CASTILLO DE BOBADILLA, *Política para corregidores, y vassallos en tiempo de paz, y de guerra, y para iuezes eclesiasticos, y seglares, y de sacas, aduanas, y de residencias, y sus oficiales, y para regidores, y abogados, y del valor de los corregimientos, y gouiernos realengos, y de las ordenes* (Madrid, Ibarra, 1759), lib. 3, cap. 14 n. 26 y 27.

<sup>26</sup> *Tract. Pontif. jurisd. fundam.*, 2, q. 12, 3 ss.

<sup>27</sup> *Praxis ecclesiastica et saecularis in qua acta processum omnium utriusque Fori causarum cum actionis formulisermone hispano composita* (Matriti, apud D. Petrum Marin, a costa de la Hermandad de San Geronymo de Mercaderes de Libros de esta Corte, 1790), I *Annot. de Judicio*, n. 6, 17, 30, 33.

<sup>28</sup> *Opera Iuridica, sive Rerum Quotidianorum Libri Duo* (Coloniae Allobrogorum, 1734), p. 375: "parvum quantitatem, parvi praeiudicii, urgentis necessitatis seu periculi et miserabilium personarum".

<sup>29</sup> A. DE AVILA MARTEL, *The influence of Bentham in the teaching of Penal Law in Chile*, en *First Bentham Studies Conference* (London, University College, 1979) = *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso, 1980), pp. 257-265; EL MISMO, *Las ideas de Bentham sobre las pruebas que fueron enseñadas por Andrés Bello en Chile*, en *Revista Chilena de Historia del Derecho* 9 (Santiago, 1983), pp. 67-69.

<sup>30</sup> W. HANISCH ESPÍNDOLA, *La filosofía de don Juan Egaña* (Santiago, Universidad Católica de Chile, Instituto de Historia, 1964).

<sup>31</sup> A. DE AVILA MARTEL, *La filosofía jurídica de Andrés Bello*, en *Homenaje a don Andrés Bello con motivo de la conmemoración del bicentenario de su nacimiento 1781-1981* (Santiago, Instituto de Chile, 1982), pp. 341-362 = *Londres en la formación jurídica de Andrés Bello*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 7 (Valparaíso, 1982), pp. 317-350.

<sup>32</sup> Cfr. J. SEMPERE y GUARINOS, *Ensayo de una biblioteca española de los mejores escritores del*

Conuerdo con lo dicho por Javier Malagón, según el cual, “cuando hablamos de un procedimiento oral, no hemos de considerarlo como un término contrapuesto y antagónico del procedimiento escrito, por no poder existir un procedimiento netamente oral, puesto que la oralidad o la no oralidad del procedimiento reside en que el centro de gravedad del mismo sea de una u otra forma, es decir, según que sea lo que se escribe o lo que se dice lo definitivo y de mayor interés así el procedimiento será escrito u oral. La escritura tiene dos funciones aun en los procedimientos orales: anunciar la actividad procesal y documentar lo hecho.”<sup>33</sup>. La tendencia procesal en Indias muestra una abierta inclinación por la escrituración de los actos procesales, lo que no es óbice para que muchos de ellos fueran verbales en su origen. Un buen ejemplo de esta posición lo encontramos en el Fiscal de la Audiencia, al que se ordena que documente sus actuaciones<sup>34</sup>.

El estudio de lo oral en el procedimiento durante el período indiano nos lleva a la consideración de dos vertientes: la de los actos procesales *verbis* frente a los *scripti*, en que el valor del resultado procesal depende, únicamente o en buena medida, de la palabra; y los procedimientos sumarios, en los que lo verbal tenía particular presencia. El primer aspecto reseñado nos lleva, a su vez, al estudio de los actos procesales *verbis*: i) en el juicio ordinario civil tales como la testimonial, la confesional, en cierta medida la inspección personal del tribunal, la citación para oír sentencia, etc.; ii) el estudio de los actos procesales habitualmente orales en el juicio ordinario penal; y iii) el de los actos procesales habitualmente verbales en el juicio ejecutivo. El segundo, conduce, a su vez al estudio del juicio sumario ordinario civil y los procedimientos sumarios especiales, cuales fueron, entre otros, los juicios mercantiles; los de indios; los prácticos (denuncias de obra nueva y ruinosas, minería, aguas y deslindes); contra abogados en ciertos casos; los desarrollados ante los alcaldes de barrio a fines del siglo XVIII; ciertos juicios militares; juicios de esclavos; juicios de familia.

## II. ACTOS PROCESALES HABITUALMENTE ORALES EN EL JUICIO ORDINARIO CIVIL

a) Demanda verbal. Tras decir Juan de Hevia Bolaños que “juicio es Auto, que el Juez hace, discerniente en el derecho entre las partes, en razon de la causa que ante él se trata, con legítimo contradictor”<sup>35</sup>, expresa que se divide en ordinario, extraordinario y sumario. “Ordinario se dice, quando se procede mediante accion, ó acusacion verdadera, por ser según reglas de Derecho, guardandose la orden, y so-

---

*reinado de Carlos III* (Madrid: Imprenta Real, 1785), I, p. 80. Sobre la importancia de lo oral en la España liberal cfr. C. PETIT, *Discurso sobre el discurso. Oralidad y escritura en la cultura jurídica de la España liberal. Lección inaugural. Curso académico 2000-2001* (Huelva: Universidad de Huelva, 2000) y M. LORENTE SARIÑENA, *La voz del Estado. La publicación de las normas (1810-1889)* (Madrid: BOE/CEC, 2001).

<sup>33</sup> J. MALAGÓN BARCELÓ, *Estudios de Historia y Derecho*. Prólogo de A. Castro (Xalapa, Universidad Veracruzana, 1966).

<sup>34</sup> S. G. SUÁREZ, *Los Fiscales Indianos. Origen y evolución del Ministerio Público* (Caracas, Biblioteca de la Academia Nacional de la Historia, 1995), pp. 38-39.

<sup>35</sup> Citando Partidas 3, 22, 1, que expresa que no puede ser contra natura, derecho ni las buenas costumbres.

*lemnidades de él. Extraordinario se dice, quando no se procede mediante accion, ni acusacion verdadera, sino antes del oficio de Juez, y mediante él, por ser contra reglas del Derecho no se guardando su orden, y solemnidades, que en casos particulares es permitido. Sumario se dice, quando se procede sumaria, y simplemente, de plano, sine strepitu, ni figura de Juicio, en los casos particulares que há lugar, como lo trae Paz*<sup>36</sup>. La vinculación de estos últimos dichos con la *Saepe contingit* es evidente.

Dice Hevia<sup>37</sup> que el libelo es un escrito breve, en que se contiene lo que se demanda en juicio. Pero, aunque conforme a Partidas 3, 2, 40<sup>38</sup> y 41, debía ser puesto *in scriptis*, por otra disposición más nueva, Rec. Cast. 4, 17, 10 —que es Nov. Rec. 11, 16, 2, y corresponde al Ordenamiento de Alcalá tít. 12, ley 1— quedaba entregado al arbitrio del juez recibirle *in scriptis* o no, “*con que todavia conste á lo menos de ello por Auto en el Processo, como de ello consta, y lo trae Avendaño* [resp. 1, núm 15 y 17]”. Señala que ello procedía, tanto en las causas civiles como criminales<sup>39</sup>, a menos que se intentaran ante los tribunales superiores, donde, de acuerdo a Rec. Cast. 4, 2, 1, debía practicarse necesariamente por escrito llevando, además, firma de letrado<sup>40</sup>. Sin embargo, las disposiciones 121 y 161 de las Ordenanzas expedidas en 1565 para la Audiencia de Concepción de Chile, dan a entender que podían interponerse demandas orales ante ella: “*que aviendo copia de scrivanos en la dicha Audiencia, las demandas que pusieren en ella no se pongan ante scrivano alguno que sea hermano o primo hermano del que asi pusiere la tal demanda*”.

---

<sup>36</sup> J. de HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica* (Madrid, Por Juan de San Martín, 1767), parte 1ª, párrafo 8, números 1 y 2 [p. 43]. De este tratado, cuya autoría intelectual es hoy puesta en duda, conviene recordar lo expresado por el recientemente fallecido historiador LOHMANN VILLENA, *En torno de Juan de Hevia Bolaño*, en *AHDE*. 31 (1961), p. 121: “La *Curia Philipica* se acepta como la primera monografía de derecho procesal y el *Labyrintho* como el único tratado de derecho mercantil españoles hasta comienzos del s. XIX”. Cita Hevia a [Gonzalo SUÁREZ DE] PAZ, *in Pract.*, I annot. de Juicio, [*Praxis ecclesiastica et saecularis*] n. 6, 17, 30, 33. Los editores agregaron a [Pedro] Barbosa *in l. 18, 1 a 26* [*Commentaria ad interpretationem tituli Pandectarum de Iudic. [iis]*] [Jerónimo CASTILLO DE] BOBADILLA, lib. 3 *Pol. [ítica para Corregidores]*, c. 14 n. 26 & 27 [Alfonso de] ACEVEDO *in* [*Commentariorum iuris civilis in Hispaniae Regias Constitutiones*], l. 27, tit. 6, lib. 3; Rec. Cast. & *in l. 19 tit. 9 lib. 3 Rec. Cast.*; P. 6, 1, 32; P. 3, 2, 41; Rec. Cast. 4, 17, 10; AVENDAÑO, *in c. 4 Praetor*, n. 26; MIÑAN, *Tract. Pontif. jurisd. fundam.*, 2, q. 12 \* 3 & seqq.

<sup>37</sup> *Curia*, parte 1ª, \* 11, núm. 1 (p. 62).

<sup>38</sup> De ello deducía Gregorio López en la glosa 1 a P. 3, 2, 41 que regularmente las demandas debían ser escritas: o sea, sólo por excepción, cabía la verbal. El mismo López hacía referencia al *Espéculo* que hacía mención de causas viles. Dicho texto, en 4, 4, 1 autorizaba las demandas verbales, aun relativas a bienes raíces, hasta una suma de 10 maravedíes. El *Ius Commune*, según el comentarista Juan Andrés, estatúa que era facultad del juez autorizar o denegar la demanda verbal en las causas que considerase viles, según la glosa gregoriana 2 al mismo texto.

<sup>39</sup> Igual predicamento ostenta J. SALA, *Ilustración del Derecho Real de España ordenado por Don Juan Sala, Pavorde de la Metropolitana Iglesia de Valencia, y Catedrático de Prima de Leyes en la Universidad de la misma Ciudad*. 2ª. ed. (Madrid, en la oficina de Don José del Collado, 1820), II, lib. 3, tít. 5, núm. 1.

<sup>40</sup> J. DE MATIENZO, *Dialogus Relatoris et advocati Pinciani Senatus* (Matriti, 1558), parte 3ª, cap. 43, núm. 1; Rec. Cast. 1, 16, 1 *in fine*.

La antes referida disposición de Rec. Cast. 4, 17, 10 ó Nov. Rec. 11, 16, 2, venía del Ordenamiento de Alcalá 12, 1 y constituyó Ordenanzas Reales de Castilla 3, 1, 11. La de Alcalá, a su vez, había sido tomada de la ley 21 del Ordenamiento de Segovia de 1347 y había obtenido confirmación de Juan II mediante pragmática de 1423. Esta norma de Alfonso XI, como otras muchas suyas, tendía a hacer primar la intención de las partes por sobre la literalidad de las palabras y las formalidades legales o consuetudinarias. Los términos que utiliza son bastante claros en cuanto a la prescindencia aun de la escrituración del libelo inicial: *“establescemos, que si la demanda paresciere escrita en el proceso del pleyto, maguer non sea dada por la parte en escrito, ó menguare en ella el pedimento, ó alguna de las otras cosas, que ay deven ser puestas, que son de las sotilezas de los derechos, é non sea fecho en el proceso juramento de calupnia, maguer sea demandado por las partes, ó por alguna de ellas, ó desfalleciendo las otras solepnidades, é substancias de la orden de los Juicios, que los derechos mandan, ó algunas dellas”*. Bastaba con que se conociese la médula de lo pedido por las partes *“conteniendose todavia en la demanda la cosa, que el demandador entiende demandar, é seyendo fallada provada la verdat del fecho por el proceso del pleyto”*, para que los jueces debiesen dictar sentencia y no darse a la tarea de anular lo obrado. Concluía esta disposición dejando al albedrío del juez el ordenar, a petición de la contraria, que la demanda fuera puesta por escrito.

El Arancel establecido por la Real Audiencia de Santiago de Chile en 1609 daba plena cabida a la demanda verbal. Preceptuaba que los *“scrivanos públicos y del numero y otros juzgados hordinarios delegados y de la hermandad y de rregistros”* cobrasen *“de la demanda que se pusiere por palabra o por escrito veinte maravedis”*<sup>41</sup>. Concordaba con lo dicho la posibilidad del demandado de contestar también de palabra: *“De la negativa con contestacion que se hiziere por palabra o por escrito lleve el scrivano veinte maravedis y si no se asentare por escrito no lleve nada”*. Tales normas resultan explicables por lo extendido que estaba el analfabetismo entre las clases populares y por la tendencia a evitar que los abogados se inmiscuyesen en la litigación. Estos, por otra parte, eran escasos a comienzos del siglo XVII. La preocupación por la alfabetización, que es característica de la Ilustración, terminó por relegar al olvido estos preceptos<sup>42</sup>.

b) Emplazamiento. Cabía, de acuerdo a *Partidas* 3, 7, 1, que la citación o emplazamiento a comparecer a juicio se hiciese verbalmente: *“e la manera en que deve ser fecho el emplazamiento, es esta: que el Rey puede emplazar por su palabra, o por su portero, o por su carta. E los que han poder de judgar por el, en su corte, o en sus ciudades o en las villas, lo pueden otrosi fazer de palabra, o por carta, o por sus omes conocidos, que sean señaladamente puestos para esto”*. Aun el demandante podía por sí mismo emplazar al demandado si lo hallase en la Corte, lo que era dable realizar por sí mismo *“e por su ome”*. Por regla general, las citaciones hechas

<sup>41</sup> Archivo Nacional de Chile, Real Audiencia (en adelante, ANRACH), vol. 3136, fs. 48.

<sup>42</sup> Respecto a que la demanda pudiera ser verbal, las disposiciones pertinentes no estaban en uso, según dice E. DE TAPIA, *Febrero Novísimo: Febrero Novísimo o Librería de Jueces, Abogados, Escribanos y Medicos Legales*, lib. 3, tit. 2, cap. 5, núm. 1 (París, Librería de Rosa y Bouret, 1862), III, p. 150. Se seguía la disposición de Nov. Rec. 11, 13, 1 dada para las Audiencias Reales (Rec. Cast. 4, 2, 1).

de palabra, debían ser probadas mediante testigos salvo el que hiciese el rey o sus jueces de su corte. Constituía práctica el que los emplazamientos verbales fueran hechos por alguaciles o porteros y las escritas por escribanos<sup>43</sup>. En Chile, las notificaciones se realizaban por medio de ministros de fe, salvo que la persona a citar estuviese en áreas rurales, donde el estilo preceptuaba que se encargase su ejecución a “*cualquiera persona española que lo encuentre*”<sup>44</sup>. Aunque de la notificación verbal, de acuerdo a la práctica chilena, se dejaba constancia escrita en el expediente, casos hubo en que ello no ocurrió, reclamándose por ello de nulidad<sup>45</sup>. Para los demandados que no fuesen habidos, existía la notificación por pregones, que debían ser tres, respecto de lo cual el Arancel establecido por la Audiencia de Santiago en 1609 señalaba que “*del asiento de cada pregon que se hiziere a la parte quando no paresciere lleve el escrivano quinze maravedis*”. El emplazamiento por pregones sólo procedía en la ciudad, pues “*fuera de tal lugar y de sus arrabales, le den por escrito los que hobieren de emplazar*”, según rezaban las Ordenanzas de Madrid de los Reyes Católicos, de 1502<sup>46</sup>.

Para el caso de no comparecer el emplazado, se le “señalaban los estrados”, lo cual quería decir que “en ellos se leen las providencias del juez causándole el mismo perjuicio que si les hicieren en sus personas las notificaciones”<sup>47</sup>.

c) Juramentos de calumnia y de malicia. Exigía *Partidas* 3, 11, 23 el *iuramentum calumniae*<sup>48</sup> o *manquadra* “*que tomassen los judgadores, jura tambien de los demandadores como de los demandados, luego que el pleyto fuesse comencado por demanda, e por respuesta*”, dándose por perdedor al que no lo hiciese<sup>49</sup>. Debía jurarse “*que andaran verdaderamente en el pleyto, e sin engaño*”. Las Ordenanzas de la Audiencia de México de 1544 ordenaban su práctica so pena de no ser recibida la demanda a tramitación<sup>50</sup>. Este juramento era tomado por el receptor de la Audiencia chilena en los casos de corte que se iniciaban y tramitaban ante

<sup>43</sup> SALA, cit. (n. 39), II, lib. 3, tít. 5, núm. 9.

<sup>44</sup> Un ejemplo de ello, en ANRACH., vol. 2566, p. 9 (1715).

<sup>45</sup> ANRACH., vol. 1773, p. 3ª. (1800-1802) y Archivo Nacional de Chile Capitanía General (en adelante, ANCG) vol. 78 (1788-1797). Se lee en este último expediente que “*la ley de Castilla en Orden á la Omision de la Solemnidades del juicio, no se estiende á la de la citacion, que no puede ser omitida, como primera necesaria para la defensa por ser de dro. divino, natural y positivo, base de citar á la parte principal aun á los sucesores de cuyo perjuicio se trata para que le pueda perjudicar la cosa juzgada y sentencia que sobre ello se diere*”. Lo traen J. CORVALÁN MELÉNDEZ - V. CASTILLO FERNÁNDEZ, *Derecho Procesal Indiano* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1951), p. 92.

<sup>46</sup> Rec. Cast. 4, 3, 3, que devino Nov. Rec. 11, 4, 14.

<sup>47</sup> SALA, cit. (n. 39), II, lib. 3, tít. 5, núm. 12.

<sup>48</sup> De claro origen romano: A. I. OVALLE FAÚNDEZ, ‘*Tusiurandum calumniae*’ o *garantía de corrección procesal en el juicio civil en el Derecho Romano*, en *RChHD*. 16 (Santiago, 1990-1991), pp. 21-25. De carácter potestativo en los procedimientos de las *legis acciones* y formularios, pasó a ser obligatorio en el período justinianeo.

<sup>49</sup> Una pragmática de Juan II, dada en Escalona en 1423, liberaba de nulidad al proceso en que no se practicase este juramento, salvo que la parte interesada lo pidiere dos veces y no se hiciese: *Ordenanzas Reales de Castilla* 3, 1, 11, tomada del Ordenamiento de Alcalá 12, 1, incorporado a Rec. Cast. 4, 17, 10 y Nov. Rec. 11, 16, 2.

<sup>50</sup> Ordenanza 19 en J. SÁNCHEZ-ARCILLA BERNAL, *Las Ordenanzas de las Audiencias de Indias (1511-1821)* (Madrid, Dykinson, 1992), p. 123.

ese tribunal, el cual, por ello, no llevaría derecho alguno<sup>51</sup>. Los escribanos, de acuerdo al Arancel fijado por la Audiencia, podían cobrar cuarenta maravedís por la recepción de este juramento<sup>52</sup>. Se refería a los siguientes aspectos: i) Que el que lo prestaba creía tener justicia y buena causa; ii) que diría la verdad cuantas veces fuese preguntado sobre lo relativo al pleito; iii) que no había sobornado al juez ni al escribano y que no lo haría; iv) que no utilizaría probanzas falsas ni excepciones fraudulentas; y v) “*que non demandará plazo maliciosamente con intencion de alongarlo*”. El Ordenamiento de Alcalá 12, 1, incorporado a Rec. Cast. 4, 17, 10<sup>53</sup> señalaba que, cuando se había solicitado en dos oportunidades a cualquiera de las partes que hiciese el juramento de calumnia y se negase a ello, la sentencia que se dictase en dicho pleito adolecería de nulidad. Para la introducción de un artículo o incidente, procedía el *juramento de malicia*<sup>54</sup>.

La Ley de Toledo de los Reyes Católicos, hecha en 1480, disponía que los abogados, a petición de la otra parte o del juez, debían prestar juramento de no ayudar ni favorecer a su parte injustamente ni contra derecho y que cuando conociesen la injusticia de su parte, se lo comunicaría. El que se negase a prestarlo, corría el riesgo de pérdida del oficio<sup>55</sup>.

Del juramento de calumnia decía Elizondo que había caído en desuso e, irónicamente proponía “*su remocion absolutamente del foro, que tolerarle como hasta aquí, por parecer jurar mas bien los litigantes de estos tiempos de cometer la calumnia, que de evitarla*”<sup>56</sup>.

Sobre los abogados pesaba la obligación de prestar juramento de que “*no ayudarán en causas injustas ni aconsejarán injustamente a sus partes, y luego que conocieren que su parte no trae justicia desamparen las causas; y si acaeciere que por negligencia o ignorancia de abogado que se pueda colegir de los autos del proceso la parte a quien ayudare perdiere su derecho, mandamos que el tal abogado sea tenido de pagar a su parte el daño que por esto le vio con las costas, y el juez con quien perdiere el tal pleito lo haga luego pagar sin dilación*”<sup>57</sup>. Se extendía el juramento de estos profesionales, “*so pena de perjuros*” y suspensión en el cargo, a tener “*cuidado de ayudar fielmente y con mucha diligencia en los pleitos que tomen a su cargo, alegando el hecho lo mejor que pudieren y procurando que se hagan las probanzas que convengan ciertas y verdaderas, y vean por sí mismos los autos del proceso concertando la relación cuando fuere sacada con el proceso original, y en otra manera no la firmen ni digan que está sacada la relación; y mandamos que no aleguen cosas maliciosas ni pidan términos para procurar lo que saben o creen que no ha de aprovechar o que no se puede probar, ni den consejo ni aviso a sus partes para que sobornen testigo ni pongan tachas ni objetos maliciosos, ni den lugar en cuanto en ellos fuere que se haga otra mudanza de verdad en todo el proceso*”<sup>58</sup>. Para el caso de negarse a prestar

<sup>51</sup> Auto acordado de 24 de septiembre de 1609, ANRACH., vol. 3.136 fol. 31-38.

<sup>52</sup> ANRACH., vol. 3136, fs. 48 v.

<sup>53</sup> Nov. Rec. 11, 16, 2.

<sup>54</sup> CORVALÁN - CASTILLO, cit. (n. 45), p. 109.

<sup>55</sup> Rec. Cast. 2, 16, 2 y Nov. Rec. 5, 22, 3.

<sup>56</sup> ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, p. 75, núm. 24.

<sup>57</sup> Ordenanza 214 de las de la Audiencia de Concepción y 235 de la de Santiago.

<sup>58</sup> Ordenanza 219 de Concepción y 240 de Santiago.

juramento acerca de las obligaciones que les imponían las Ordenanzas, “*sean privados, y desde ahora los privo del dicho oficio de abogacía*”<sup>59</sup> y si volviesen a ejercer no obstante la privación, incurrirían en pena de pérdida de la mitad de sus bienes a favor de la cámara y fisco.

d) Prueba testimonial. Dos pruebas eran necesariamente verbales: la testimonial<sup>60</sup> y la confesional. Respecto de la primera, estaba contemplado que debía rendirse después de contestada la demanda<sup>61</sup>. Excepcionalmente podía tomarse antes, respecto de personas muy mayores o enfermas, de quienes se pudiese temer que pudieran morir, o de aquéllos que estuvieran por ausentarse por largo tiempo, todo lo cual debía hacerse con citación de la parte contraria<sup>62</sup>. Si bien la testimonial debía producirse en el término probatorio, se permitía que, habiendo causa justificada, pudiese el juez recibirla “*en el termino de la publicación*”<sup>63</sup>.

Una interesante consagración *avant la lettre* del principio de inmediación puede advertirse en lo ordenado por los Reyes Católicos en el capítulo 37 de las Ordenanzas de Corregidores: “*Otrosí, que en los procesos criminales, y en los civiles, arduos, y de importancia, siempre tomen, y examinen por sí los testigos ante el Escri-*

<sup>59</sup> Ordenanza 224 de Concepción y 245 de Santiago. Ambas hacían incurrir en privación de oficio al abogado que descubriese el secreto de su parte a la contraria o aconsejase a ambas partes.

<sup>60</sup> Cfr. F. GONZÁLEZ DE TORNEO. *Practica de escrivanos que contiene la Judicial y orden de examinar testigos en causas civiles, y hidalguía, y causas criminales, y escritura en estilo ostenso, y quantas, y particiones de bienes, y execuciones de cartas executorias* (Madrid, Nuis Sánchez, 1599; Medina del Campo, 1603), obra de mucha consulta por los abogados indianos.

<sup>61</sup> Un interesante estudio sobre la prueba testimonial en el Perú es el de R. HONORES, *El uso de las probanzas de testigos sobre curacazgos ante la Real Audiencia de Lima, 1550-1610*, quien hace referencia a MONTERROSO Y ALVARADO, Gabriel de. 1626 [1566] *Practica civil, y criminal, y instruccion de escrivanos, dividida en nueve tratados. Agora de nuevo emendada, y añadida en esta postrera impresion, de la carta de trueque y cambio* (Valladolid: Imprenta de Iuan de Rueda, en la calle de Samano, cfr. <http://alertanet.org/F2b-RHhonor-pe.htm>). Aunque relativo al Perú, algunas de sus conclusiones pueden ser consideradas de orden general para las Indias Occidentales.

<sup>62</sup> A. DE VILLADIEGO VASCUÑANA Y MONTOYA, *Instrucción Política y Práctica Judicial, conforme al estilo de los Consejos, Audiencias, y Tribunales de Corte y otros ordinarios del Reyno* (Madrid, 1747), cap. 1, núm. 28, p. 16, en donde afirma que la prueba testimonial “*ha de ser hecha despues de la contestacion de la causa que se trata, sobre lo que es hecha; y siendo hecha antes, no vale, sino es siendo los testigos muy viejos, ó tan enfermos, que se teme de su muerte, ó estando de camino para hacer larga ausencia, que citada la parte contraria, se recibe, y parte del reo siempre se pueden admitir testigos aun antes de la contestacion* [cita Gregorio López glosa a Partidas 3, tít. 16], y el maestro del Navio, u el Harriero, ó Caminante pueden hacer su probanza del naufragio, ó perdida, ó caso fortuito de las cosas, ó hacienda, ó bestias que llevan con la gente de el Navio, ó con los que consigo lleva, ó pudieren ser avidos ante la Justicia mas cercana, sin citacion de las partes á quien toca, y es valida la tal probanza, y hace fee en juicio, presentandola ante Juez competente dentro de un año [cita leg. 2 C. de naufrag. lib. 1º. y Antonio Gómez 3.10. c.12 n.21]”.

<sup>63</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 16, p. 11, en donde dice: “*y aun viendo causa, puede el Juez examinar los testigos, que fueren presentados dentro de el termino probatorio, en el termino de la publicacion. Y aunque regularmente, ni antes ni despues de el termino probatorio, no pueden examinar los testigos, sino que ha de ser dentro del termino de prueba; pero si antes de recibirse la causa á prueba, se quisiesen ausentar los testigos, puede el Juez á pedimento de la parte examinarlos, y valdrá esta probanza despues en el plenario [...]*”.

vano, y cada testigo por sí, sin lo cometer al Escrivano, ni á otro, so pena que el Juez que assi no lo hiciere, por la primera vez incurra en pena de cinco mil maravedis, y el Escrivano de dos mil: y por la segunda doblado; y por la tercera, que sean privados de los dichos Oficios que assi tuvierén<sup>64</sup>. De esa disposición, que fue aplicada en forma similar a la Real Audiencia de México en 1544<sup>65</sup>, derivó la incorporada a *Rec. Ind.* 5, 10 7: “ordenamos que en los pleytos civiles de mucha gravedad, y causas arduas, examinen los Jueces por sus personas los testigos presentados por las partes, y que se debieren examinar de oficio por nuestra Real Justicia, para que conste de la verdad, y se dé satisfaccion á la causa pública y particular, y el Juez que no lo cumpliere, incurra en pena de cinco mil maravedis, y el Escribano de dos mil maravedis, y por la segunda en la pena doblada”. El conocimiento personal e inmediato del juez había sido, con anterioridad, propugnado por el Rey Sabio: “catar deue el judgador que omes son aquellos, que han contienda ó pleyto antél<sup>66</sup>”. En los procesos que no tuviesen esas características, se podía cometer el examen de los testigos a los escribanos, debiendo dejarse constancia de tal comisión en el expediente<sup>67</sup>. Era, sin embargo, atribución de las partes solicitar que la prueba fuera tomada por los receptores ante el juez. Al efecto, las *Ordenanzas* dispuestas para las Audiencias de Concepción y Santiago establecían que los receptores “tomen los testigos ante las justicias si se pidiere<sup>68</sup>”.

Una vez recibida la causa a prueba, cada una de las partes, si querían rendir prueba testimonial, debían presentar su interrogatorio<sup>69</sup>, el cual no era vinculante

<sup>64</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 5º., p. 135. En el cap. 1, núm. 16 (p. 11) dice: “y debe el Juez examinar los testigos por su persona, conforme a la ley Real, en las causas graves [Rec. Cast. 2, 7, 15]”.

<sup>65</sup> Ordenanza 13 en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 121.

<sup>66</sup> Partidas 3, 11, 22.

<sup>67</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 35: “[...] y en qualquier causa de importancia, aunque sea civil, debe el Juez examinar los testigos por su persona, y las demás puede cometer al escrivano de la causa [cita Partidas 3, 16, 27 y Rec. Cast. 3, 6, 28]. En igual sentido, SALA, cit. (n. 39), II, lib. 3, tít. 6, núm. 13.

<sup>68</sup> Ordenanza 267 de Concepción y 289 de Santiago.

<sup>69</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 17, p. 11: “Y el interrogatorio abra ser bien hecho, debe ser sacado de las particiones de ambas partes, conforme á lo por ellas dicho, y alegado en el proceso, poniendo en la cabeza de él los nombres de las partes, y el pleyto, y causa sobre que se litiga, y en la primera pregunta el conocimiento de las partes, y de la cosa sobre que es el pleyto, y noticia dél; porque si es sobre accion personal, es necessario que conozcan á las partes los testigos; y si sobre accion Real, basta que conozcan la cosa sobre que es el pleyto, y la parte que los presenta [glos. in cap. cum causam de testib.]. Y luego se ha de proseguir en el interrogatorio, refiriendo el hecho de el negocio en breves razones, dividiendole en los articulos, que fuere necessario, conforme á la calidad del negocio, y concluir en el postrero, con que lo dicho es publico, y notorio, pública voz y fama, &c.”. La Ordenanza 158 de las de Santiago, que es igual a la 142 de las dadas para la de Concepción, mandaba “que los escrivanos, en qualquier ynformacion que tomaren, ahora sea cevil o criminal, que se haga de oficio o a pedimento de parte, pregunten a los testigos que se examinare por las preguntas generales, como de la hedad y otras semejantes, como si fueren exsaminados en juicio plenario, porque cesen fraudes que de lo contrario podra suceder, so pena de dos pesos para los estrados de la dicha Audiencia cada vez que no lo hizieren”: en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), pp. 215 y 281. La ordenanza 182 de Concepción encargaba a los relatores que hiciesen constar la edad, vecindad y su condición en cuanto a tachas.

para el juez, pues se le exigía por Rec. Cast. 4, 6, 4 que no admitiera probanzas superfluas<sup>70</sup>. Tal interrogatorio debía ser firmado por abogado, según las Ordenanzas para las Audiencias de Concepción y Santiago<sup>71</sup>, prohibiéndoseles las preguntas impertinentes al pleito mismo<sup>72</sup>. La forma de producirse la prueba fue claramente expuesta por un práctico: “Y cada testigo ha de ser examinado de por sí, y secretamente<sup>73</sup>, sin que nadie lo oiga, ni los demas testigos sepan lo que dixo, y se ha de leer su dicho, y no se puede retratar de lo que huviere dicho, aunque el Juez lo puede bolver á preguntar, y repreguntar sobre las palabras dudosas que huviere dicho, y ha de ser preguntado por la razon de su dicho; porque el que la dá es preferido al testigo que no dá razon de su dicho”<sup>74</sup>. El principio procesal de *contradicción* estaba garantizado a las partes al exigirse la citación de la contraria, lo que permitía a ésta únicamente presenciar el juramento de los testigos. Se suponía que ello significaría un freno a las declaraciones falsas. De tal juramento sólo se exceptuaba a los obispos<sup>75</sup>. Era facultativo para el juez la aceptación de los testigos, siendo posible que repeliese los que fuesen manifiestamente inhábiles<sup>76</sup>. Durante la rendición de la testimonial, la parte que presentaba al testigo podía traerle a la memoria algunos aspectos de la materia en cuestión, a fin de obtener que dijese la verdad<sup>77</sup>. En caso de relucencia para declarar, cabía apremio de prisión y secuestro de bienes<sup>78</sup>.

Las Ordenanzas de las Reales Audiencia de Concepción<sup>79</sup> y Santiago<sup>80</sup> encargaban a sus escribanos que “*examinen y tomen por su persona, ansi en las caussa ceviles como en las criminales, los testigos que se presentaren*”. Sólo en caso de impedimento, el tribunal podía nombrar otro ministro de fe, que debía dar conocimiento a las partes de los derechos que cobraba, en los que ninguna parte

<sup>70</sup> Norma similar se halla en la Ordenanza 9 de las de la Audiencia de México de 1544: SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 120.

<sup>71</sup> Ordenanzas 160 y 176, en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), pp. 218 y 283. Las Ordenanzas de la Real Audiencia de Concepción se hallan publicadas en Academia Chilena de la Historia, *Real Audiencia de Concepción 1565-1573* (Santiago, Academia Chilena de la Historia, 1992), pp. 23-68.

<sup>72</sup> Ordenanzas 226 y 263 de las de la Audiencia de Concepción y 247 y 285 de las de Santiago.

<sup>73</sup> Se insiste en ello en la Ordenanza 10 de las de México recién citadas: *ibídem*, p. 121.

<sup>74</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), p. 17, quien cita Partidas. 3, 16, leyes 26, 30 y 16 y las correspondientes glosas de Gregorio López.

<sup>75</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 35 (p. 17): “y no vale el dicho del testigo sin juramento, si no es de consentimiento de las partes [Rec. 3, 6, 27], excepto al Obispo, que se dá credito sin juramento en los negocios seculares [Germe, de sacror. *immunit.* lib. 3 c. 8 n. 71]”.

<sup>76</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 33 (p. 17): “Y puede el Juez de oficio repeler los dichos de los testigos inhábiles, aunque la parte no lo pida, ni oponga, quando la inhabilidad es por culpa, delito, ó hecho de los testigos, ó por ser menores, ó viles, y otras cosas semejantes, no siendo inhábiles, principalmente por favor de la parte, sino por favor publico, como que son parientes, ó amigos, ó enemigos, y otros semejantes no puede el Juez repelerlos, aunque en el proceso conste de su inhabilidad; si no es á pedimento de parte, por ser visto tacitamente admitirlos [cit. Gómez 3, t. c. 12, n. 22]”.

<sup>77</sup> Rec. Cast. 4, 6, 8.

<sup>78</sup> Rec. Cast. 4, 6, 6.

<sup>79</sup> Ordenanza 110.

<sup>80</sup> Ordenanza 124.

cabía al escribano de Audiencia. Para causas que se desarrollasen “*en el lugar donde estuviere la nuestra audiencia*”, correspondía al escribano de la causa tomar la testimonial, y si ésta se recibiese fuera del referido lugar, la Audiencia debía señalar el que lo hiciera<sup>81</sup>. La recepción de esta prueba sólo podía iniciarla el escribano si se le había dado comisión debidamente señalada por los oidores, disposición que se aplicaba también a receptores y cualesquier oficiales<sup>82</sup>. Entre las obligaciones que pesaban sobre estos ministros al tomar declaración a testigos estaba el hacer las preguntas generales “*como la edad y otras semejantes como si fuesen examinados en juicio plenario, porque cesen fraudes que de lo contrario podría suceder [...]*”<sup>83</sup> y asentar la fecha en que se examinaban y juraban los testigos<sup>84</sup>. Las testimoniales de las causas de pobres debían ser atendidas “*con la presteza y cuidado que deben*”<sup>85</sup>. El asentamiento escrito de las declaraciones exigía “*treinta renglones en cada plana y en cada renglón diez partes, y hagan buena letra y pongan al pie de la tal pesquisa o probanza los derechos que llevan por razón de ella [...]*”<sup>86</sup>.

También incumbía a los receptores tomar esta clase de prueba dentro de la villa o ciudad donde estuviese asentada la Audiencia, inhibiéndose de ello a los escribanos de cámara<sup>87</sup>. Para recibirlas fuera de la ciudad, requería carta de receptoría, debiendo prestar juramento acerca de su correcto desempeño<sup>88</sup>. Se les encargaba que asentasen la presentación y juramento del primer testigo por extenso y sumariamente las de los demás<sup>89</sup>. Se aplicaban a ellos todas las disposiciones precedentemente señaladas para los escribanos, y en particular la de asentar las declaraciones con el número de renglones y demás detalles especificados en el párrafo precedente<sup>90</sup>.

Normas especiales había para las declaraciones de los indígenas, los que, si no se desenvolvían bien en castellano, recibían el auxilio de intérpretes. La ordenanza 296 penquista daba el lineamiento general para la actuación de estos peritos, sin perjuicio de las normas especiales que se dictaran en el futuro: “*que aya numero de ynterpretes en la dicha Audiencia y que antes que sean recibidos a usar el officio juren en forma devida que usaran sus officios bien y fielmente, y declarando e ynterpretando el negocio y pleyto que les fuere cometido clara y abiertamente, sin encubir ni añadir cosa alguna, diziendo symplemente el hecho del delito o negocio, o testigos que examinare, syn ser parcial a alguna de las partes y sin favorecer mas a uno que otro; y que por ello no llevaran ynterese alguno, mas del salario que les fuere tasado y señalado, so pena de perjuros y del daño e ynterese de las partes, y que bolveran lo que asy llevaren con las setenas, y de perdimiento de los officios*”<sup>91</sup>. Tampoco les

<sup>81</sup> Ordenanza 125 de Concepción y 139 de la de Santiago.

<sup>82</sup> Ordenanza 138 de Concepción y 154 de la de Santiago.

<sup>83</sup> Ordenanza 142 de Concepción y 158 de la de Santiago. Similar norma, pero relativa a los receptores establecía la Ordenanza 182 de Concepción y 199 de la de Santiago.

<sup>84</sup> Ordenanza 153 de Concepción y 169 de la de Santiago.

<sup>85</sup> Ordenanza 147 de Concepción y 163 de la de Santiago.

<sup>86</sup> Ordenanza 154 de Concepción y 170 de la de Santiago.

<sup>87</sup> Ordenanza 269 de Concepción y 291 de Santiago.

<sup>88</sup> Ordenanza 275 de Concepción y 296 de Santiago.

<sup>89</sup> Ordenanza 252 de Concepción y 274 de Santiago.

<sup>90</sup> Ordenanza 278 de Concepción y 299 de Santiago.

<sup>91</sup> Es la ordenanza 318 de las de Santiago.

estaba permitido recibir dádivas o promesas de ellas, ni siquiera voluntarias, por parte de los que tuviesen negocios o se esperaba que los tuviesen —españoles o indios— “*aunque sean cosas de comer y de beber*”<sup>92</sup>. Dentro de este mismo criterio, tenían que contentarse con el salario fijado por arancel sin que “*hagan conçiertos ni contratos con los yndios, ni compañías en manera alguna*”<sup>93</sup>. Preceptuaba la ordenanza 304 de las de la Audiencia penquista “*que cada testigo que examinaren, syendo el ynterrogatorio de doze preguntas arriba, pueda llevar dos tomines; y siendo el ynterrogatorio de doze preguntas avaxo, un tomin y no mas, so pena de pagarlo con el quatro tanto para nuestra camara; pero sy el ynterrogatorio fuere grande y la causa ardua, quel oydor o juez ante quien se examinaren, la pueda tasar de mas de los dichos derechos una suma moderada conforme al trabajo y tiempo que se ocuparen*”. Su trabajo debía ser desempeñado en la Audiencia “*para que alli se vea y determina la causa conforme a justicia*” y nunca en sus casas u otro lugar<sup>94</sup>, para lo que debían estar diariamente en los oficios de los escribanos a las nueve de cada mañana<sup>95</sup>. Eran sus tareas meramente periciales por lo que les estaba vedado hacer peticiones a favor de los indios o servirles de procuradores o solicitadores<sup>96</sup>. Además de asistir “*a los acuerdos, y audiencias y visitas de las carçeles, cada dya que no fuere feriado, a lo menos en las tardes, vayan y asistan en casa del Presidente e oydores*”, bajo diversas penas<sup>97</sup>. Estas normas fueron cada vez menos aplicadas en razón del conocimiento de la lengua castellana por los indígenas de la zona situada al norte del Biobío. Prueba de ello es que, al establecerse en 1758 la Universidad de San Felipe, creada veinte años antes, se consideró innecesaria la cátedra de mapuche por la razón apuntada<sup>98</sup>.

Transcurrido el término de prueba, se producía, a petición de parte, la publicación de probanzas, pudiéndose, dentro de los seis días siguientes, oponer tacha a los testigos<sup>99</sup> plazo que el juez podía abreviar si la causa no era ardua. El que tachaba debía prestar juramento de que lo hacía sin ánimo de injuriar, pues de lo contrario, se hacía pasible de la pena de injuria<sup>100</sup>. En cuanto a causales de tachas, las había relativas a la persona del testigo, como, por ejemplo, ser menor de catorce años cumplidos y en lo criminal de veinte; ser perjuro; excomulgado;

<sup>92</sup> Ordenanza 297 de Concepción y 319 de Santiago.

<sup>93</sup> Ordenanza 302 de Concepción y 324 de Santiago. Para salidas fuera del lugar donde residía la Audiencia, se hacían acreedores a una ayuda de costa de dos pesos: ordenanza 303 de Concepción y 325 de Santiago.

<sup>94</sup> Ordenanza 298 de Concepción y 320 de Santiago.

<sup>95</sup> Ordenanza 305 de Concepción y 327 de Santiago. Sólo podían ausentarse con autorización del Presidente de la Audiencia: ordenanza 301 de Concepción y 323 de Santiago.

<sup>96</sup> Ordenanza 299 de Concepción.

<sup>97</sup> Ordenanza 300 de Concepción.

<sup>98</sup> A. de AVILA MARTEL, *La Universidad y los estudios superiores en Chile en la época de Carlos III*, en F. CAMPOS HARRIET y otros., *Estudios sobre la época de Carlos III en el reino de Chile* (Santiago, Ediciones de la Universidad de Chile, 1989), p. 185.

<sup>99</sup> Rec. Cast. 4, 8, 1.

<sup>100</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 32, p. 17: “*Y el que tacha algun vestigo, siempre ha de protestar, y jurar, que no lo hace con animo de injuriar, con lo qual se evita la pena, no probando la tacha* [Azev. in l. I. n. 27 in 8. l. 4 Rec. —es Rec. Cast. 4, 8, 1, que corresponde a Nov. Rec. 11, 12, 1—], y no haciendo assi, incurre en la pena de la injuria [Clar. \* fin. q. 35 n. 4]”.

infame; de mala fama; esclavo; loco; pariente dentro de cuarto grado; íntimo amigo de quien lo presentaba o capital enemigo de aquél contra quien deponía. Los dichos de los menores, sin embargo, hacían gran presunción al tenor de Partidas 3, 16, 9 en el caso que fuesen de buen entendimiento. También podían ser rebatidos los atestados de oídas, singulares, oscuros y falsos, así como las declaraciones hechas con violación de las normas reguladoras de la prueba<sup>101</sup>. La tacha producía un incidente, que podía dar lugar a un término de prueba que el juez determinaba, el cual debía ser inferior a la mitad del término de prueba<sup>102</sup>. Procedía la prueba testimonial en materia de tachas, con la salvedad de que no cabía tachas respecto de estos testigos<sup>103</sup>.

d) Prueba confesional. En cuanto a la prueba confesional<sup>104</sup>, ésta podía ser espontánea o provocada. La primera era la que las partes hacían voluntariamente en el juicio a través de sus declaraciones verbales o escritas. Cabía, también, la confesión extrajudicial, que constituía prueba bastante cuando era proferida en presencia de la contraria y de dos testigos<sup>105</sup>. La confesión provocada, a su vez, podía serlo ordenada *motu proprio* por el juez; consistir en el juramento decisivo o en la absolución de posiciones.

La confesión provocada por el tribunal se refería fundamentalmente a la determinación de indemnizaciones conforme a Partidas 3, 11, 5 “*como quando el demandador ouiesse prouado su intencion en el pleyto en razon de la cosa que demandaua por suya : o de tuerto, o engaño que ouiesse fecho: e fuesse contienda entre las partes de la valia de aquella cosa, o del aprecioamiento del daño que ouiesse recebido, en razon del tuerto o del engaño, que auia prouado que le habia fecho*”. Mediante el juramento *in litem* quedaba determinado el monto respectivo. Se usaba, también, cuando el actor era huérfano menor de catorce años, caso en que podía prestar juramento su tutor; pero siendo el huérfano mayor de catorce, podía hacerlo por sí mismo.

Una particular confesión podía ser provocada por el juez para enterarse si los abogados se ceñían efectivamente a los aranceles fijados o si lo hacían en exceso, fuera por honorarios inmodicos o por medio de regalos recibidos por ellos mismos o sus parientes u otros arbitrios. Las penas que llevaba consigo un cobro ilegítimo podían llegar hasta la inhabilitación perpetua del abogado<sup>106</sup>. Una disposición

<sup>101</sup> CORVALÁN Y CASTILLO, cit. (n. 45), p. 152.

<sup>102</sup> Rec. Cast. 4, 8, 2.

<sup>103</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, n. 34, p. 17.

<sup>104</sup> Para TAPIA, cit. (n. 42), III, p. 220, núm. 11, la confesión o conoscencia era “*la respuesta afirmativa que un litigante da en juicio á lo que el colitigante ó el juez de oficio le pregunta una ó más veces*”:

<sup>105</sup> Partidas 3, 13, 3. VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 27, p. 16: “*Y la confession hecha, presente la parte, aunque sea extrajudicial, probandolo con dos testigos, hace plena probanza, y hecha en ausencia hace semiplena; pero concurriendo con ella un testigo de vista, o otra presuncion, ó indicio vehemente, la hace plena; por que en las causas civiles, dos semplenas probanzas hacen plena; y aunque sea hecha al ausente, siendo geminada con intervalo de tiempo, haciendola segunda vez, se hace plena; y lo mismo es, quando se hace por escrito, ó siendo hecha a favor de causa pia, ó siendo jurada, que se le equipara, o siendo aceptada por otro, en nombre de aquel a quien se hace, aunque no tenga poder suyo, como despues lo ratifique, ó si es promissoria [cita Gómez I. to. c. 11 n. 6 & 3. t c. 12 n. 16. Joan. Gut. de iur. 1. p. c. 54]*”.

<sup>106</sup> Rec. Cast. 2, 16, 34, que devino Nov. Rec. 5, 22, 29.

similar se encuentra en las Ordenanzas Antiguas de Audiencias, en que, para tasar los honorarios de los abogados, se tomaba juramento a las partes sobre “*que es lo que ha dado cada vno a su abogado y procurador, y, considerada la calidad de la causa y la calidad de las personas pleyteantes y el trabajo que tomaren, tassen y mderen el salario [...] de manera que sy hallaren que el abogado o procurador llevo mas de aquella tasa, se lo hagan luego tornar [...]*”<sup>107</sup>.

El juramento decisorio de las Partidas, de origen romano, entronca con el *iusiurandum litis decisorio*, del cual dependía el resultado del litigio. Consistía en que una de las partes invitaba a la otra, en presencia del magistrado, a declarar solemnemente, bajo juramento, acerca de la realidad de las pretensiones del que lo ofrecía. El invitado, a su vez, podía deferir el juramento a su contrincante<sup>108</sup>. Su interés es meramente doctrinario, pues no se conoce su utilización en la praxis chilena. Podía hacerse en juicio o fuera de él<sup>109</sup> y procedía para juicios seculares y eclesiásticos<sup>110</sup>. La práctica era la de “*usarse de él con la cautela de no deferirse en el dicho de la parte ça solo aquel impuso, lo que así se practica ordinariamente, acogiéndose á esta especie de prueba, llamada suppletoria en defecto de otras, y para causas leves, habiéndose tomado principio con el estilo forense en los Eclesiástico tan parca, y circunspectamente, que rarísima vez se observa para no constituir al que jura Juez en su propia causa*”<sup>111</sup>.

La absolución de posiciones, derivada de las *interrogationes in iure* romanas<sup>112</sup>, era, en cambio, sumamente corriente. Cualquiera de las partes podía acompañar un pliego con posiciones o preguntas que la otra debía contestar bajo juramento, siempre que el tribunal consintiera en ello<sup>113</sup>. De acuerdo al moderno principio de inmediatez, la respuesta debía ser dada en presencia del juez en secreto, sin dilación, clara y abiertamente, negando o confesando, bajo pena de ser tenido por confeso<sup>114</sup> “*y perjudicandose, si es actor, pierde la causa, y si el reo es avido por confesso, y se da traslado de la confesion de la una parte á la otra, y sobre lo confesado*

<sup>107</sup> Ordenanza 29 en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 93.

<sup>108</sup> Variedad de él fue el *iusiurandum necessarium*, limitado originalmente a ciertas causas, que fue extendido por Justiniano a la resolución de cualquiera. Al juramento que ponía término al pleito se le llamaba *decisorio del pleito* (Partidas 3, 11, 2 y 18) para diferenciarlo del *decisorio en el pleito*, que se refería a un artículo o incidente (Partidas 3, 11, 2 y 15). Aquél estaba prohibido en los juicios sobre el *nasciturus* y la legitimidad de éste. Cuando el juramento era impuesto por el tribunal, se llamaba *jura de premia*, y cuando era propuesto por una de las partes, *jura de juicio*. Existía, además, la *jura de voluntad*, en que, sin que hubiese juicio, las partes contrincantes acordaban estar a lo que la otra jurase ser cierto.

<sup>109</sup> Partidas 3, 11, 2.

<sup>110</sup> Como *juramento purgativo* se había dado en el procedimiento criminal, lo que ya no estaba en uso al tiempo de ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, pp. 220-221, núm. 5.

<sup>111</sup> ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, p. 221, núm. 6, quien cita a VAN SPEN, *Ius Ecclesiasticum*, parte 3ª, tít. 7, cap. 8.

<sup>112</sup> Según ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, núm. 7.

<sup>113</sup> “[...] es la práctica uniforme de nuestra Chancillería concebirse los decretos en estos términos, litigando, jure, y declare [...]”: ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, p. 81, núm. 35.

<sup>114</sup> Rec. Cast. 4, 7, 1. VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 17, p. 13 señala que “*conforme á la ley Real es obligado a responder por palabras claras de niego, ó confieso, y no por otras dudosas de creo, ó no creo, so pena de ser avido por confesso*”.

*no pueden hacerse preguntas, ni prueba*<sup>115</sup>. Había, sin embargo, una excepción: “*pero contra la ficta confession que uno dice, por no haver declarado como debia, se ha de admitir prueba de lo contrario, queriendolo dar*”<sup>116</sup>. En el *Arancel* de escribanos establecido en 1609, se señala que éstos debían llevar “*si la parte rrespondiere a las pusiciones por palabra y el escrivano asentare la respuesta lleve de cada hoja de pliego entero que oviere el rregistro siendo llena y no dexando grandes marxeney y escripta de buena letra cortesana y no procesada en la qual aya a lo menos treynta y tres rrenglones y diez partes en cada rrenglon, sesenta maravedis y a este rrespecto si oviere mas o menos de lo susodicho*”<sup>117</sup>.

Había regla especial para el menor, cuya confesión sin la autoridad de su guardador era nula; mas, según Villadiego, resultaba válida si no lo tenía, aunque quedaba sujeta a *restitutio in integrum*<sup>118</sup>. Para Hevia Bolaños, en cambio, si bien el menor adulto podía prestar confesión válidamente en juicio, su declaración estaba revestida de solemnidad, pues adolecía de nulidad si el juramento no era pronunciado ante el curador *ad litem*, aunque tuviese padre<sup>119</sup>. Este podía ser designado como tal curador para esos efectos. La declaración misma era prestada individualmente “*p.r q.e este es acto y echo propio del menor*”<sup>120</sup>.

Triste era la opinión que este medio de prueba levantaba en Francisco Antonio Elizondo: “*pero no podemos dexar de referir con dolor inexplicable, sirve de tan poco el uso de las posiciones en el dia, que declina en fomento de calumnias, y en ocasión de muchísimos perjurios, que freqüentemente cometen los litigantes, negando á la sagrada religion del juramento aquel profundo respeto, que debia contenerles, y á los testigos á decir la verdad [...]*”<sup>121</sup>.

Me he referido más arriba a la publicación de probanzas y a la prueba testimonial. Cabían algunas pruebas profesionales tras ese momento procesal: según Villadiego era dable “*admitir juramento in suplementum probationis, despues de hecha la conclusion, como se aya pedido antes, como de ordinario se pide al fin de la demanda. Admitese tambien la confession de la parte, y la prueba ocular, que llaman por vista de ojos [Baldo in l. si quis testib. C.]. Y aunque puede el Juez, despues de la conclusion, informarse de la verdad, y admitir probanzas de nuevo, ex causa: porque*

<sup>115</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 24, p. 14. Rec. Cast. 4, 7, 4

<sup>116</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), núm. 25, p. 14 quien cita a Paz 1. to. 1. p. 8. *temp.* n. 117.

<sup>117</sup> ANRACH., vol. 3136, fs. 48 v. Corresponde a lo mandado en la ordenanza 170 de las de Santiago: Sánchez-Arcilla, cit. (n. ), p. 282. Una norma similar contenía la ordenanza 278 de las dadas para la Audiencia de Concepción: “*Yten que en las pesquisas y probanças pongan treinta renglones en cada plana, y en cada renglon diez partes, y hagan buena letra, y pongan al pie de la tal pesquisa y probança los derechos que llevan por razon de ella, so pena de cada ocho pesos para los estrados de la dicha Audiencia al que lo condtrario hiziere; y ansy se ponga en las compulsorias que se dieren para traer qualesquier procesos*”, *ibidem*, p. 239.

<sup>118</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 26, p. 16.

<sup>119</sup> HEVIA, cit. (n. 36), p. 229.

<sup>120</sup> G. V. DE SANTA MARÍA Y GONZÁLEZ, *Compendium Iuris ordinatum secundum ordinem Februari a Domino Gregorio Vicentio a Santa Maria et Gonzalez in hac Regali Hujus Regni Chilencis Audientia Advocato Anni Domini Millesimi Octogessimi Quinti*, en Archivo Nacional de Chile, Fondo Antiguo, en adelante, ANFA., vol. 73, fs. 98.

<sup>121</sup> ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, p. 222, núm. 8.

*para él nunca se tiene por conclusa la causa* [Angel cons. 343. Imol & Felin. in cap. cum Joannes, *de fide instrum.*], *y puede revocar esta conclusion por ser interlocutoria* [L *quod iussit* ff. *de re iud.* ubi Ripa.]<sup>122</sup>.

e) Alegaciones orales de bien probado. Durante el desarrollo del juicio ordinario, solían realizar los abogados alegaciones orales y escritas ante el tribunal. La tendencia general que se observa en la legislación real desde el Ordenamiento de Alcalá es a una prevención respecto de los abogados a los que se atribuía exceso de sutilezas jurídicas e indebido alargamiento de los pleitos. Esto se producía, entre otras causas, por la repetición de argumentos una y otra vez. Los informes en derecho solían ser, asimismo, muy extensos, lo que movió a permitir sólo dos por cada parte en cada instancia: Felipe III en 1617 limitó, incluso, su longitud, que podía ser de veinte hojas el primero y doce el segundo, cualquiera que fuese la extensión del pleito<sup>123</sup>. Se hacía hincapié, sin embargo, que ello no coartaba a los abogados en su labor de defensa. Podían, en consecuencia, cada vez que lo estimasen conveniente, presentarse ante el juez practicando alegaciones orales en pro de su posición. Este no podía repelerlos, pues la razón por la que lo hacían era plausible. De particular atención por el juez debían ser las alegaciones de bien probado: “*concluso [el juicio], entónces cada una de las partes, ó Abogados ó Procuradores, por palabra o por escrito, ántes de la sentencia informe al Juez de su derecho, alegando leyes y decretos, y Decretales, Partidas y Fueros, como entendieren que le más cumple*”<sup>124</sup>.

Aunque no tocaba a los procuradores alegar, lo que correspondía a los abogados, había diversas normas que los afectaban, que guardan relación con el uso de la palabra. Así, se les prohibía, bajo pena de multa, hablar sin licencia en la Audiencia<sup>125</sup>, decir falsedades<sup>126</sup> e interrumpir a los abogados, escribanos, procuradores o relatores<sup>127</sup>.

f) Citación para oír sentencia. De acuerdo a Partidas 3, 22, 5, la sentencia debía ser pronunciada en presencia de las partes o sus representantes, aunque asistiese sólo una de ellas: “*deuelos emplazar quando el quisiere dar su juyzio que vengan antel*”. Era de rigor este emplazamiento de las partes, so pena de nulidad de lo obrado. “*E despues, si vinieren amos, o el vno solamente, puede dar su juyzio, si entendiere que sabe la verdad del pleyto. Pero ante lo deue fazer escreuir en los actos, e deuelo leer el mismo publicamente, si supiere leer, seyendo assentado en aquel lugar do solia oyr los pleytos, o en otro lugar que sea conuenible para ello*”. Indica el rey sabio cómo ha de ser extendida la sentencia: “*por buenas palabras, e apuestas, que lo puedan bien entender sin dubda ninguna, e señaladamente deue ser escrito en el, como quita, o condena al demandado en toda la demanda, o de cierta parte della, segund el entendiere que fue aueriguado, e razonado ante el*”. Para el caso que el juez no supiese leer, podía ordenar que otro lo hiciere, facultad de que siempre

<sup>122</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 1, núm. 48.

<sup>123</sup> Rec. Cast. 2, 16, 34.

<sup>124</sup> Rec. Cast. 2, 16, 4, que devino Nov. Rec. 11, 14, 1.

<sup>125</sup> Ordenanza 235 de Concepción y 257 de la de Santiago.

<sup>126</sup> Ordenanza 236 de Concepción y 258 de la de Santiago.

<sup>127</sup> Ordenanzas 237 y 238 de Concepción y 259 y 260 de Santiago.

gozaban el rey o sus adelantados, aunque supiesen hacerlo “*ca abonda, por honrra de su oficio, que ellos lo manden escreuir, e leer ante si*”. En los tribunales superiores, la lectura de la sentencia se hacía en audiencia pública<sup>128</sup>. En las Ordenanzas para México de 1544 se ordenaba que “*manden pronunciar estando en audiencia publica las dichas sentencias e autos e no de otra manera [...]*”<sup>129</sup>.

g) Apelación verbal. En los apuntes de un estudiante de la Academia de Leyes y Práctica Forense de Santiago, de 1800, se lee que la apelación podía deducirse verbalmente en el juicio ordinario. A renglón seguido se cuida de decir que “*casi no está en práctica*”<sup>130</sup>. Efectivamente, de acuerdo a Partidas 3, 23, 22, la apelación podía ser o de palabra –en el acto de la notificación de la sentencia– o por escrito dentro del plazo fatal de diez días, que corregía al Fuero Real 2, 15, 1 que sólo concedía tres. La norma de Rec. Cast. 4, 18,1, que llegó a ser Nov. Rec. 11, 20, 1 fijó en cinco días el término para apelar<sup>131</sup>. Bastaba con que el apelante dijese “álzome” o “apelo”, aunque no señalara ante quién se alzaba ni por qué razón. Era la única oportunidad en que era dable hacerlo, pues después sólo había lugar a la apelación por escrito<sup>132</sup>. En tales casos, se presentaba el apelante ante la Real Audiencia con testimonio de la apelación, a que llamaban *apóstolos*. Este sistema, según Santa María, se seguía cuando la causa había tenido lugar “*en lugares de fuera*”.

Aplicable, tanto a la apelación verbal como la escrita, pero más a aquélla, era la disposición del Fuero Real 2, 15, 9, que después llegó a ser Rec. Cast. 4, 18, 12 y Nov. Rec. 11, 20, 24, de acuerdo a la que el alcalde que recibía una apelación no podía tratar mal al apelante, ni podía éste expresarse descomedidamente respecto del juez, bajo penas que se aplicarían a cualquiera de ellos que incurriese en estas conductas indeseadas. En igual sentido operaba Partidas 3, 23, 26.

h) Relación verbal. Un auto acordado de la Real Audiencia de Santiago, de 4 de febrero de 1610, estableció que los escribanos de concejo, de provincia, públicos y reales, una vez que una sentencia fuese apelada por las partes “*bayan*

<sup>128</sup> Nota a esta ley de Partidas en *Los Códigos Españoles anotados y concordados* (Madrid, 1848), III, p. 282. Dice TAPIA, *Febrero*, lib. 3, tít. 2, cap. 15, núm. 9, cit. (n. 42), III, pp. 314–315: “*Según la práctica de los juzgados de la Corte, se expresa al principio de la sentencia el nombre del juez, quien la firma juntamente con el escribano: pero al contrario en muchos de fuera no se estila expresar en ella quién la da, y por eso el escribano la lee en su audiencia ante testigos, y pone a continuación el pronunciamiento, diciendo en él quién la dio y en qué día y lo firma. El juez, como se acostumbra, entrega la sentencia al escribano; y este la notifica à las partes, asi como por derecho común y canónico se permite à los obispos y personas ilustres por la prerrogativa de su dignidad que la hagan saber por medio de otro*”.

<sup>129</sup> Ordenanza 29 en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 126.

<sup>130</sup> SANTA MARÍA, cit. (n. 120), ANFA. vol. 73, fs. 44. Cita Rec. Cast. 4, 18, 2, que es Nov. Rec. 11, 20, 3, disposición que se refiere al plazo en que se ha de presentar el apelante ante el tribunal de apelación “*y la parte que hubiere de seguir el alzada sea tenido de se presentar ante el juez de las alzadas con todo el proceso del pleyto [...]*”.

<sup>131</sup> J. ACEDO Y RICO (Conde de la Cañada), *Apuntamientos prácticos para todos los trámites de los juicios civiles, así ordinario como extraordinarios, en todos sus trámites, según que se empiezan, continúan y acaban en los Tribunales Reales* (Madrid, Imprenta Real, 1793), parte 2ª, cap. 2, núm.os 69 y 70.

<sup>132</sup> SALA, cit. (n. 39), II, lib. 3, tít 9, núm. 8.

*el propio día a hacer Relacion y siendo despues de audiencia bayan luego el día siguiente lo qual asi hagan guarden y cumplan sin rremision alguna sin embargo de que les esten por pagar sus derechos por los quales se les mandaran luego dar los mandamientos necesarios, pena al que no lo hiciere de quatro pesos de a ocho reales para la camara de su magestad y gastos de estrados de la dicha rreal audiencia*". No se trataba de relatar al tribunal el contenido del juicio, lo que sólo podían hacer tratándose de sentencias interlocutorias<sup>133</sup> o de apelaciones respecto del fiel ejecutor del cabildo<sup>134</sup>, sino tan sólo de hacerle saber que se había concedido la apelación entregando los respectivos autos originales. En esa oportunidad, los escribanos debían ordenar el proceso por hojas, colocando a las espaldas del expediente de cuántas constaba éste, así como los derechos que debía llevar el relator, tanto en apelación de sentencias definitivas como interlocutorias<sup>135</sup>. Similar disposición se halla en las Ordenanzas de 1565 para la Audiencia de Concepción, la primera que hubo en Chile<sup>136</sup> y en las de Santiago de 1609<sup>137</sup>. Para apelaciones de sentencias dictadas por tribunales de más allá de cinco leguas de la ciudad de Santiago, se exigía prueba de la concesión de la apelación, lo que normalmente se hacía con testimonio de ello, que podía substituirse por fianza.

La relación propiamente tal de las sentencias definitivas, incumbía al relator, quien normalmente debía hacerlo por escrito, lo que estaba mandado por la Ordenanza 173 de las de la Real Audiencia de Concepción y 190 de las de Santiago<sup>138</sup>. Dicho escrito debía ser revisado –ajustado o concertado– por las partes<sup>139</sup>. No obstante la relevancia que tenía en este trámite la escritura, había dos cuestiones verbales involucradas. A saber: prestación de juramento por parte de los abogados que habían concurrido a la redacción del escrito<sup>140</sup>, y lectura oficial del mismo. La asistencia a esta lectura era obligatoria para los abogados<sup>141</sup> –señalado específicamente en la ordenanza 193 de las expedidas para la Audiencia de Concepción<sup>142</sup>,

<sup>133</sup> Ordenanza 137 de la Real Audiencia de Concepción y 152 de la de Santiago.

<sup>134</sup> Ordenanza 114 de la Real Audiencia de Concepción y 128 de la de Santiago.

<sup>135</sup> Rec. Cast. 2, 17, 3, que después fue Nov. Rec. 5, 23, 6.

<sup>136</sup> Ordenanza 109.

<sup>137</sup> Ordenanza 122: "*Yten, que los scrivanos, cada vez que se concluyere el pleito, ponga al pie de la conclusion los derechos que ha de aver el relator, muestre a la parte aquella tasa y asiente en el proceso lo que recibe, so pena que pierda los derechos*", en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 275.

<sup>138</sup> "*Item, ordeno que los dichos relatores, quando fueren hacer relacion en definitiva, lleven la relacion por escripto de las provincias [debe decir provanças], y escripturas, y execuciones, y otros autos sustanciales, so pena que no le sea pagado mas de la mitad del salario*" en Sánchez-Arcilla, cit. (n. ), p. 285. *Sal disposición estaba mal copiada de las Ordenanzas de la Audiencia de Concepción, las que en su número 173 se refería a "provanças y escripturas y excepciones"*: ibídem, p. 220.

<sup>139</sup> Ordenanza 207 de las de Concepción: "*Yten que los dichos abogados concierten por sy mismos las relaciones de los pleytos, y las firmen y juren, so pena de veynte pesos para los dichos estrados*", que es igual a la 228 de las dadas para la de Santiago .

<sup>140</sup> Rec. Cast. 2, 16, 5 que fue después Nov. Rec. 5, 22, 3.

<sup>141</sup> Rec. Cast. 2, 16, 4.

<sup>142</sup> "*Yten que por quanto muchas veces que por no verdaderas relaciones se dañan los pleytos y los jueces reciben engaño, y las partes no alcanzan justicia, ordenamos y mandamos que los pleytos que pendieren en la dicha nuestra Audiencia, el relator traiga por escripto la relacion firmada de su nombre para que se ponga en el proceso; y que los procuradores y abogados de los pleytos sean*

que pasó a ser la 210 de las de Santiago— y se verificaba en presencia de los escribanos de guardia<sup>143</sup>. Sobre los relatores pesaba la carga de hacer presente a la Audiencia, al tiempo de la relación, si los abogados, procuradores, escribanos y aun ellos mismos y otros receptores habían cumplido con las normas fijadas por las Ordenanzas<sup>144</sup>. Para los abogados de pobres había norma que concretamente los obligaba a asistir a las vistas de los procesos que se hacían los sábados<sup>145</sup>.

Las relaciones de apelaciones de sentencias interlocutorias eran *necesariamente verbales* por mandato del cap. 15 de las Ordenanzas de los Reyes Católicos de Medina del Campo, de 1489 incorporado a Rec. Cast. 2, 17, 3, que fue luego Nov. Rec. 5, 23, 6: “y si el pleyto estuviere en interlocutoria, hágase la relación de palabra”, norma que contemplaban también las Ordenanzas de las Audiencias de Concepción y Santiago<sup>146</sup>. Al escribano de la causa de primera instancia incumbía hacer la relación de los autos interlocutorios<sup>147</sup>. Igualmente se hacían de palabra las relaciones de sentencias definitivas cuya cuantía bajase de cinco mil maravedís: “si la quantía del pleyto fuere de los dichos cinco mil maravedís abaxo, no sea tenudo el Relator de la sacar en escrito, salvo si le fuere mandado por el Juez”, lo que figura en las Ordenanzas para las Audiencias de Concepción y Santiago con un monto de doscientos pesos. Un auto acordado de 18 de marzo de 1758 sobre deberes de los escribanos y relatores, señalaba que “solo en los artículos interlocutorios o en pleytos cuyos intereses no suban de la cantidad de doscientos pesos les ha de ser facultativo [a los relatores] hacer relaciones de palabra, si lo contrario no se les mandare, bajo la pena establecida en la ley cuarta del citado título 22 [lib. 2º. de Rec. Cast.]”<sup>148</sup>.

---

*llamado, y se hara la relación ante ellos, porque si alguna parte contradixere la relación, sea vista y concertada con el proceso del pleyto; y desde que la relación fuere acabada, firmenla de sus nombres los procuradores y abogados, y el relator con ellos; y si los procuradores y abogados no quisieren venir al termino que les fuere asygnado por el relator, que el haga la relación por escrito syn ellos, y que aquel que no viniere al termino que le fuere asygnado, que pague en pena el diezmo del pleyto tanto que no exceda de veynte pesos; y desta pena sean las dos partes para quien hiziere la relación, y la terçia parte para el alguazil que la executare; y esto se guarde en todos los pleitos criminales y ceviles que pendieren en la dicha nuestra Audiencia”.*

<sup>143</sup> “Que el scrivano que guardare la sala este presente a las relaciones, y no se descargue con el que por el scrive, so pena de dos pesos para los estrados de la dicha Audiencia”: Ordenanza 130, que es de igual tenor que la 116 de las Ordenanzas de la Audiencia de Concepción. A los mismos, correspondía poner en los acuerdos las penas que hubiesen sido impuestas en las sentencias de prueba: Ordenanza 131 de la Audiencia de Santiago que es igual a la 117 de la de Concepción; en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), pp. 276 y 211.

<sup>144</sup> Ordenanza 186 de las de Concepción y 202 de las de Santiago.

<sup>145</sup> Ordenanza 208 de las de Concepción en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 226.

<sup>146</sup> Ordenanzas 192 y 209, que son casi iguales: “Iten, mando que, si el pleito viniere con auto ynterlocutorio, haga el relator la relación de palabra; y si estuviere en definitiva, la saque por escrito. Pero si fuere la chantidad de la demanda de ducientos pesos avajo, no sea obligado el relator a sacar la relación por scripto, salvo si le fuere mandado que la saque” (1609), en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), pp. 223 y 288.

<sup>147</sup> Ordenanza 137 de la Real Audiencia de Concepción y 152 de la Real Audiencia de Santiago de Chile en Sánchez-Arcilla, cit. (n. ), pp. 214 y 279. Era “práctica constante en las Indias, quando se apela para las audiencias de auto interlocutorio, vaya el Escribano originario á hacer relación, aunque las partes no se hayan presentado en aquel grado”: Elizondo, cit. (n. 8), IV, pp. 289-290, núm. 76.

<sup>148</sup> ANRACH., vol. 3137 fs. 88-89. La disposición citada se refería a los receptores, que no podían llevar más negocios que los que les tocaran por su turno: Nov. Rec. 5, 28, 11.

Como muchos abogados no cumplieran con la carga de presenciar la relación, bajo pretexto de desconocimiento del momento en que habría de producirse ésta, un auto acordado de la Audiencia santiaguina, de 29 de mayo de 1748, ordenó que los escribanos señalasen en el expediente la fecha de término del proceso en primera instancia, de modo que fuese el juicio incluido en la tabla de causas que debía ver el tribunal. Pesaba, asimismo, sobre ellos la obligación de “*dar noticia a las partes de los pleytos que al día siguiente de su prebencion se hubieren de ver con cuya anticipacion abisara a sus Abogados para la Asistencia a sus Relaciones, e informando a la vista e bitaran la difucion de los escriptos, como contraria a lo dispuesto en dicha Ley quarta [Rec. Cast. 2, 16, 4] y al mas pronto despacho de las causas [...]*”<sup>149</sup>. En mayo de 1762 se insistió en la obligación de los abogados de concurrir a conocer la tabla de los pleitos a fin de asistir a las relaciones<sup>150</sup>. Tal tabla debía ser confeccionada por los relatores cada sábado, con indicación de la calidad de los juicios y su naturaleza; circunstancias de los contendores, expresándose el día en que se hubiesen pedido los autos; si se conocía en artículo o definitiva y los nombres de los litigantes, de modo que los días lunes pudiese ser todo ello puesto en conocimiento de los procuradores para que éstos, a su vez, lo hiciesen saber a los abogados para “*estar prevenidos para concurrir e informar como son obligados y les esta mandado por Auto de este dia*”. Así lo dispuso auto acordado de 7 de diciembre de 1789<sup>151</sup>.

Ese auto acordado fue bastante explícito en cuanto a las razones de fondo por las cuales se consideraba indispensable la presencia de los abogados en las relaciones: “*que, en atención a no ser fácil que los Abogados puedan llenar cumplidamente las obligaciones de su delicado Ynstituto si no se presentan a la vista y relacion de las causas que patrocinan, como esta generalmente prevenido y ordenado en la practica, ya para advertir qualesquier descuido, equivocacion o duda en el examen del Proceso, notando la combinacion, o discordia de los hechos, y actuaciones, ya para que su intervencion sirva de consuelo al Litigante, y de satisfaccion al Tribunal, que a mas de la fidelidad del Relator descansa sobre la seguridad y confianza de que los Abogados autorizan lo que se relata, y con sus informes vigorizan sus defensas devian mandar y mandaron se notifique a todos los de esta Real Audiencia que exercen la Abogacia concurran sin excusa siempre que se vea Proceso que estuviere a su cargo, pena de quatro pesos por la primera vez, que se duplicara por la segunda, y, si, lo que no es presumible, se incurriese tercera vez en esta falta, se le suspendera del oficio*”<sup>152</sup>.

No obstante tanta insistencia en la necesidad de que los abogados cumplieran con su obligación de asistir a la vista de las causas, no todos obedecían las terminantes órdenes de la Audiencia. Un nuevo auto acordado, de 5 de octubre de 1797, ordenó que “*se les haga saber nuevamente que siempre que esten señaladas las Causas en la Tabla concurran a defender sus respectivas partes en el dia asignado vajo multa la primera ves de dos pesos, de quatro la segunda aplicados a gastos de*

<sup>149</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 70-79v. y vol. 3234, p. 2<sup>a</sup>, fs. 162-163, hallándose extracto en ANFA vol. 3, fs. 289 y fs. 297 v.-298.

<sup>150</sup> ANRACH., vol. 3137 fs. 134 v.; ANFA vol. 3, fs. 293.

<sup>151</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 240-240 v.

<sup>152</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 237-237 v.

*Estrados y de sus pención por seis meses de el exercicio de la Abogacia por la tercera; las que se exigiran irremisiblemente, sin admitirles recursos, ni instancias que se dirijan a eximirles de su satisfaccion*". También se asignaban multas a los procuradores inasistentes<sup>153</sup>.

La malicia dilatoria de algunos abogados arbitró el sistema de pedir suspensión de la vista de la causa cuando no se encontraban todos los oidores de la Audiencia en Santiago. Ante ello, un auto acordado de 12 de septiembre de 1750, dispuso que *"haviendo en el tribunal tres señores Ministros se haga relacion de las causas que estubieren en este estado, y binieren para difinitiva, en cumplimiento de la Ley Real que asi lo dispone, y que el presente Escrivano de Camara no admita escrito en que alguna de las partes pida que se suspendan las relaciones asta estar completa la Real Sala"*<sup>154</sup>.

i) Alegatos. De acuerdo a Fuero Real 1, 9, 5 "[...] *todo home que fuer Bozero, razione el Pleyto estando de pie levantado, é no seyendo: é si asi no lo ficiere, no lo oya el Alcalde; salvo si el Alcalde le mandáre seer, ó si hobiere alguna enfermedad porque no puede estar en pie: é despues que fue dado el juicio, razione apuestamente su razon; é no denueste, ni diga mal al Alcalde, ni á otro: salvo aquello, porque puede mejorar en su razon. E si alguna razon cumpliere al Pleyto que caya en denuesto, no la diga el Bozero; mas digala el dueño de la voz, ó lo dé el Bozero escrito al Alcalde: é quien contra esto ficiere no sea jamás Bozero en ningun Pleyto por otre*".

Lo relativo a alegar de pie y a no denostar se halla también en Partidas 3, 6, 7, donde se señalaban los pasos que había de dar el abogado o vocero en su alegato. Tal disposición constituye un verdadero tratado de elocuencia: "[...] *en comienzo de su razon deue rogar al Judgador, e a los que y estouieren, quel oyan, fasta que acabe, lo que ha de dezir en aquel pleyto. Ca assi como dixeron los Sabios antiguos, aquel que dize sus palabras ante otros, pierde aquel tiempo en que las dize, si non le oyen bien, e non lo entienden. E demas, tornasele como en manera de vergüenza. E despues desto deue comenzar a recontar el pleyto, como passo, e poner sus razones, lo mas apuestamente que el pudiere. E si por aventura fuessen muchos Bozeros de una parte, el vno dellos deue razonar, e non mas. E estonce deuese acordar todos en vno, en que manera diga aquel que deue razonar, e non mas. E hase mucho de guardar, que non diga ninguna palabras sobejanas, si non aquellas que pertenescen al pleyto. E otrosí deue hablar antel Juez mansamente, e en buena manera, e non a grandes bozes, nin tan baxo que lo non puedan oyr. E despues que ouiere razonado todo su pleyto, hase de levantar el Abogado del demandado, e poner sus defensiones, razonando aquellas cosas, que pertenescent a su pleyto en aquella manera que diximos del Bozero del demandador. E sobre todo dezimos, que non deue ninguno dellos, atrauesar. nin estorbar al otro, mientras razonare. E otrosí guardarse, de non usar en sus razones palabras malas, e villanas. Fueras ende, si algunas pertenesciessen al pleyto, e que non pudiessen escusarse. E el Abogado, que desta manera razonare, deuele el Judgador honrrar, e caber sus razones,. E a los que contra esto fiziessen, puedeles defender que*

<sup>153</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 295-295 v.

<sup>154</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 73-73 v.; vol. 3234 p. 2ª.; extracto en ANFA., vol. 3, fs. 289.

*non razonen antel*”. Con el paso del tiempo, se hizo habitual que los alegatos se hiciesen estando sentados los abogados<sup>155</sup>.

Conforme a los capítulos 17 y 18 de las Ordenanzas de Medina del Campo, de 1492, expedidas por los Reyes Católicos, que dieron lugar a Rec. Cast. 2, 5, 59 y Nov. Rec. 5, 11, 4, era obligación de los presidentes y oidores de las Audiencias, tratar a los abogados y procuradores “*con la honestidad que deben ser tratados y los honren según que cada uno lo merece ó mereciere*”<sup>156</sup>. Los abogados, recíprocamente, tenían que pedir autorización para hablar, y con mayor razón para proceder a alegar, al magistrado que presidiese, bajo pena de dos pesos<sup>157</sup>, lo que era controlado por los porteros: “*no den lugar a que ningund abogado, ni litigante, ni otra persona hable sin licencia, ni que hablando una persona se traviere otra a hablar; ni hablen quando el relator pusiere el caso*”<sup>158</sup>. Se procuraba que los alegatos fuesen sintéticos: “*ordeno que los dichos abogados no aleguen lo que ya tienen alegado, replicando o repilogando lo que ya ha estado dado por escrito en el proceso*”<sup>159</sup>. En señal de respeto, igualmente, era necesario que usasen la vestimenta adecuada, esto es, traje negro y golilla, lo que estaba ordenado por auto acordado de la Real Audiencia de Santiago de 3 de octubre de 1760<sup>160</sup>. La peluca era, asimismo, de rigor<sup>161</sup>.

Pocas normas había que limitaran el aspecto material o de fondo de los alegatos de los abogados como lo era la que prohibía alegar “*lo que ya tienen alegado replicando o repilogando lo que ya está dado por escrito en el proceso*”<sup>162</sup> y de articular en segunda instancia “*los mismos artículos ordinariamente contrarios*”<sup>163</sup>.

<sup>155</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, cit. (n. 18), I, p. 32.

<sup>156</sup> Una disposición similar contenía el *Reglamento para el gobierno de las Audiencias y Juzgados de primera instancia relativo a la constitución política de la monarquía española* dictado en Cádiz el 24 de agosto de 1812 en conformidad con la *Constitución*. Comunicado el 31 de octubre de ese año al virrey del Perú, dispuso su publicación y difusión el 1º de marzo de 1813, fecha en que ya no había Audiencia en Chile. Decía su artículo 55, refiriéndose a los recursos de suplicación y nulidad: “*Tanto en estos recursos como en todos los demás negocios, las Audiencias y cualesquiera otros tribunales y jueces guardarán a los abogados y defensores de las partes la justa libertad que deben tener, por escrito y de palabra, para sostener los derechos de sus defendidos. Los abogados, así como deben proceder con arreglo a las leyes y con el respeto debido a los tribunales, serán tratados por estos con el decoro correspondiente; y no se les interrumpirá ni desconcertará cuando hablen en estrados; ni se les coartará directa ni indirectamente, el libre desempeño de su cargo*”. He consultado el ejemplar reimpresso en Lima en la Imprenta de los Huérfanos en 1820.

<sup>157</sup> Ordenanza 209 de la Real Audiencia de Concepción, igual a la 230 de la de la Real Audiencia de Santiago, concordante con Rec. Ind. 2, 24, 17. Igual obligación pesaba sobre los procuradores, so pena de un peso: ordenanza 235 de las de Concepción, en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p.231.

<sup>158</sup> Ordenanza 283 de las de Concepción, ibídem, p. 240.

<sup>159</sup> Ordenanza 237 de las de Santiago, ibídem, p. 293.

<sup>160</sup> ANRACH., vol. 3137, cuad. 1, fs. 38.

<sup>161</sup> J. GONZÁLEZ ECHENIQUE, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile* (Santiago, Universidad Católica de Chile, 1954), p. 266.

<sup>162</sup> Ordenanza 216 de Concepción y 237 de Santiago.

<sup>163</sup> Ordenanza 227 de Concepción y 248 de Santiago. Los procuradores del número y receptores estaban obligados a comunicar a las partes que no se hiciesen probanzas sobre esa clase de artículos: ordenanzas 247 y 263 de Concepción y 269 y 285 de Santiago.

Consejos sobre cómo alegar podían encontrarse en diversas obras, entre las que una de las más conocidas era *Idea de un abogado perfecto* de Melchor de Cabrera y Núñez de Guzmán<sup>164</sup>. Insta a los abogados al correcto uso del lenguaje con buena fe, urbanidad y decencia<sup>165</sup>. Tales atributos debían tener las peticiones de apelación, en que las palabras habían de ser decentes y corteses, sin denostación ni del juez ni del abogado contrario<sup>166</sup>. Entre los aspectos a tomar en consideración estaba el que la voz del abogado fuera “*templada y gloriosa*”, evitándose el multiloquio y la locuacidad<sup>167</sup>. Apuntando ya al fondo de la actuación del letrado, decía que éste sólo podía defender pleitos justos que se apoyasen en opiniones probables, pudiendo bastar al efecto aun la de un solo doctor<sup>168</sup>. Desde la instalación en el reino de Chile de la Real Academia de Leyes y Práctica Forense, el 28 de julio de 1778<sup>169</sup>, se vio una particular preocupación por la preparación de los abogados en el arte de alegar. Si bien las “disertaciones” sobre diversos cuerpos legales vigentes –derecho patrio– se hacían por escrito y luego se leían, los pleitos ficticios que los estudiantes seguían debían ser tramitados de la misma manera que los verdaderos<sup>170</sup>. Consecuencialmente, a la hora de las vistas de las causas en las apelaciones, cabía realizar alegatos similares a los reales. Entre las obras que

<sup>164</sup> M. de CABRERA Y NÚÑEZ DE GUZMÁN, *Idea de un abogado perfecto, reducida a práctica, deducida de reglas y disposiciones del Derecho, comprobada con la autoridad de sus intérpretes. Ilustrada con Letras Divinas, Santos, y Doctores, y Padres de la Iglesia. Esmaltada con varias flores de todas letras: Y conforme a la vida de San Ivon, Patron y Patriarca de los Abogados. Que ofrece, dedica, y consagra al Ilustrissimo y Reverendissimo Señor Don fray Iuan Assensio, Obispo de laen, del Consejo de su Magestad, Presidente de Castilla y a los muy Ilustres Nobilissimos Señores del Consejo, Padres Conscriptos de la Iusticia, Principes de la Iurisprudencia, y Protectores de los Abogados el Licenciado Don Melchor de Cabrera y Núñez de Guzmán, Abogado de los Consejos, Alcalde de la de Torre de Lobatón por el Estado de los Hijodalgo* (Madrid, Oficina de Eugenio Rodríguez, 1683), 367 p + índice.

<sup>165</sup> *Ibidem*, p. 168. Se permitían, sin embargo, injurias, tratándose de excepciones o tachas, según pareceres de Pedro DE ALA, *De Advocato Christiano* y el padre Tomás SÁNCHEZ en el lib. 6 de sus *Consilia seu Opuscula Moralia*.

<sup>166</sup> *Ibidem*, núm. 337. Cita a Farinacio, el cardenal Tusco y Paulo de Castro.

<sup>167</sup> *Ibidem*, no.s 320 y 321. Cita a Cicerón y Benedicto Egidio. En los no.s 65 y 66, condenando la verbosidad, cita a Paris de Puteo, Cujacio, Castillo de Bovadilla y Juan García en *De Nobilitate*.

<sup>168</sup> *Ibidem*, núm.s 78, 79, 81, 89, 90, 91, 106, con argumentos del Doctor Navarro, Azor, Ledesma, Burgos de Paz, Tomás Sánchez y Diana. A lo mismo se refería H. VILAPLANA, *Centinela dogmático-moral con oportunos avisos al confessor, y penitente. Vigilias Apostólicas, en que Daniel, y Maximino, Sacerdotes Misioneros, proponen, y resuelven algunas dudas, especialmente sobre el uso de las Opiniones, tratos y contratos* (México, en la Imprenta de la Bibliotheca Mexicana, 1767), I, p.72, autorizando la defensa de la causa menos probable “*como tenga verdadera probabilidad, aunque la contraria sea mas probable*”, con apoyo en Ferraris, Vázquez, Sayro, Salas, Sánchez, Lugo, Maderno, Azor, Bonacina, Palao, Villalobos, Filiucio, Diana, Layman, Bresser, Bosio y Giribaldo.

<sup>169</sup> H. ESPINOSA QUIROGA, *La Academia de Leyes y Práctica Forense* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, s. d), p. 48.

<sup>170</sup> “*En todas las actuaciones procesales debía guardarse “las mismas ceremonias que se observen en los tribunales adonde debían pertenecer”*: ESPINOSA, cit. (n. 169), p. 56, quien cita la Constitución 74 de la Academia.

circulaban, puede mencionarse, a fines del siglo XVIII, *Ciencia del Foro ó Reglas para formar un Abogado, extractadas De los mejores Autores de Jurisprudencia, asi antiguos como modernos; y acomodadas al uso é instrucción de los Jovenes Españoles, que se dedican á la Abogacia*, versión castellana y adaptada a las prácticas hispánicas, cuya primera edición había visto la luz en Madrid en 1789. La aceptación de la misma llevó a una segunda edición en 1794<sup>171</sup>. Al tratar de la elocuencia, establecía una triple división en géneros: simple –que, según Quintiliano, era adecuado para la narración y las pruebas y se caracterizaba por su claridad, simplicidad y precisión–; sublime: “noble, rico, abundante y magnifico, y se sirve de quanto tiene la eloqüencia de mas realzado”; y el templado, que era equidistante entre esos dos. Eran particularmente recomendadas como modelos a seguir las obras de Quintiliano y Cicerón.

Diversas normas se referían a las tareas verbales de los procuradores en la Audiencia: se les multaba si decían “cosa no verdadera”; hablaban sin licencia; interrumpían a los abogados, escribanos, relatores u otros procuradores –“*atravesare alguno dellos antes que acabe el que habla*”–, bajo diversas multas<sup>172</sup>.

j) Probanzas orales en segunda instancia. De acuerdo a la ordenanza 8a. de las de la primera Audiencia de Chile<sup>173</sup>, la de Concepción, instalada en 1567, cabía rendir prueba en segunda instancia, si se alegase “cosa nueva” o se intentase “provar en grado de apelacion lo antes alegado”. Si ello tenía lugar, la rendición de las pruebas se sometía a las mismas reglas que ya se han señalado para la primera instancia, como, por ejemplo, la presentación de interrogatorios por parte de los abogados<sup>174</sup>. La testimonial, por disposición de la ordenanza 16 de ese cuerpo, se cometería a los escribanos de los pueblos donde se hubiese de rendir y la que se realizase en la propia Audiencia, conforme las ordenanzas 110 y 125, ante los escribanos de ésta, tanto en las causas civiles como criminales<sup>175</sup>. La 33 admitía

<sup>171</sup> Hay edición facsimilar de Editorial Maxtor, Valladolid, 2002, 276 p.

<sup>172</sup> Ordenanzas 236, 237 y 238 de las dadas para Concepción: SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 231.

<sup>173</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 193, que es la 16 de las de Santiago, ibídem, p. 255.

<sup>174</sup> Ordenanza 263 de las de Concepción, ibídem, p. 236; ordenanza 232 de las de Santiago, ibídem, p. 292. A ello se refiere ELIZONDO, op. cit. (n. 8), IV, pp. 260-261, núm. 25.

<sup>175</sup> Si estuviere impedido, se designaría un receptor u otro escribano, según la misma disposición. Las *Ordenanzas* de la Real Audiencia de Santiago, de 1609, preceptuaban que “la recepcion de los testigos que se ovieren de tomar en los negocios que emanaren de la mi Audiencia, se cometa a los scrivanos de los pueblos donde se huviere de hazer, y no los haviendo, la dicha mi Audiencia, entretanto que no huvieren receptores en ella, provean en ello lo que vieren que conviene”. Estaba vedado a los escribanos delegar sus funciones de receptores de la prueba testimonial: “Yten, mando que los dichos scrivanos de la mi Audiencia exsaminen y tomen por sus personas, ansi en las causas ceviles como criminales, los testigos que se presentaren; y si estuviere ynpedido, el dicho mi presidente y oidores nombre un relator del Audiencia que les tome, y no le aviendo, nombre otro escrivano, los quales den conocimiento a las partes de los derechos que llevaron, y el escrivano del Audiencia no lleve los derechos de las tales probancas que no huvieren pasado ante el”. Tal función correspondía al escribano de la causa respecto de los testigos que se tomasen en Santiago, siendo designado por la Audiencia el que recibiese la prueba en otro lugar. Particular diligencia se exigía para los testigos de los pobres, tanto por las *Ordenanzas* de la Audiencia de Concepción -147- como por las de Santiago.

que los oidores fuesen presentados como testigos, salvo que apareciese que se intentaba “*escluyrle de juez*”. Dados diversos inconvenientes que provenían de no dejar constancia los escribanos de la fecha en que recibían las declaraciones, la ordenanza 153 les obligaba a ello bajo pena de cuatro pesos. Había norma específica en las mismas sobre la petición de restitución de término probatorio, la cual no podía ser hecha de palabra o por escrito en segunda instancia, sino en el término de quince días tras la publicación de probanzas: “*Yten mandamos que los abogados y procuradores no puedan pedir por escripto ni por palabra, ninguna restitucion cpor trasgresion de pleytos –debe decir tiempos– pasados en ningunos pleytos y negoçios durante los terminos asygnados para las probanças ordinarias, salvo que los puedan pedir durante el termino de los quinze dias despues de mandada hazer la publicación, para que no se den peticiones valdia y sin propósito, con aperçebimiento que ninguna de las restituciones que fuere pedida durante los terminos de la provança sera conçedida ni admitida*”<sup>176</sup>, norma que nos lleva a los campos de la preclusión y la dirección del proceso.

k) Aspectos orales en la resolución del conflicto en segunda instancia. Había diversas situaciones en que procedía el uso de la palabra hablada, al interior de la Audiencia, a la hora de solucionar el juicio. Por ejemplo, una norma dada para México y Lima, preceptuaba que cuando se remitiesen pleitos en discordia por los oidores a los alcaldes del crimen, “*entren los alcaldes en los acuerdos, voten de palabra, y no por escrito, y hecha sentencia, se salgan luego*”<sup>177</sup>. Otra disposición señalaba que los oidores más modernos debían expresar su parecer con anterioridad a los más antiguos<sup>178</sup>, a fin de no ser influidos por el dictamen de éstos.

### III. ACTOS PROCESALES HABITUALMENTE ORALES EN EL JUICIO ORDINARIO PENAL<sup>179</sup>

a) Querrela oral y juicio verbal público. El juicio criminal ordinario era básicamente escrito y constaba de dos etapas: la sumaria, de carácter secreto,

<sup>176</sup> Aparece igual norma en la ordenanza 233 de las de la Audiencia de Santiago.

<sup>177</sup> Rec. Ind. 2, 15, 101.

<sup>178</sup> Rec. Ind. 2, 15, 183.

<sup>179</sup> En la Biblioteca Marcial Martínez de la Universidad de Chile se encuentra un importante número de memorias de prueba, dirigidas por Alamiro de Avila Martel, dentro de una serie consagrada al Derecho Penal Indiano, en que puede consultarse cantidad de transcripciones de expedientes sobre diversos juicios criminales. Un buen conjunto de procesos penales se halla en J. ENCISO CONTRERAS, *Procesos criminales ejemplares del Zacatecas colonial* (Zacatecas, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, 2004). El mismo autor coordinó con A. S. PALACIOS ALVARADO y F. BORREGO ESTRADA un *Catálogo de las causas Criminales Del período colonial, en el Archivo Histórico del Estado de Zacatecas* (Zacatecas, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Zacatecas, 2002) 2 vol.s., obra que trae un breve estudio sobre la justicia penal novohispana. Para Nueva España, pueden consultarse, además, A. BAZÁN ALARCÓN, *El Real Tribunal de la Acordada y la delincuencia en la Nueva España*, en *Historia Mexicana* 13 (México, enero-marzo, 1964) 3, pp. 317-345; y C. MACLACHLAN, *La justicia criminal del siglo XVIII en México. Un estudio sobre el Tribunal de la Acordada* (México, 1976). Para Chile, cfr. C. ARANCIBIA - J. T. CORNEJO - C. GONZÁLEZ U., *Pena de muerte en Chile colonial* (Santiago, Centro de Investi-

y el plenario, público; pero para los casos de faltas o delitos leves<sup>180</sup> podía incoarse un proceso verbal público<sup>181</sup>. Cabe destacar, en todo caso, que una real cédula de 19 de febrero de 1775 señalaba “que los tribunales se arreglen a las leyes en la formación de procesos criminales y no se cometan atentados de prender y sentenciar a ningún vasallo sin formar autos y oírle”<sup>182</sup>.

En el caso chileno, con anterioridad a esa cédula, ya había existido preocupación por parte de la Real Audiencia por la correcta prosecución de los juicios criminales. A 3 de agosto de 1757, bajo la presidencia de Manuel de Amat y Junient y con asistencia de los oidores Martín de Recabarren, Juan de Balmaceda, José Clemente Traslaviña, Gregorio Blanco de Laisequilla y Domingo Martínez de Aldunate, se dictó un auto acordado para que los corregidores y demás jueces subordinados de las villas y partidos del reino “procedan en las causas criminales, o bien sea de oficio o bien con pedimentos de partes, arreglados a derecho, sustanciándolas con breves y sumarios términos, con audiencia de los mismos reos, recibéndola a prueba y ratificando los testigos de las sumarias, dentro del término de esta manera que en treinta días, contados desde el de la prisión queden conclusas para sentencia en estado de estar las remitan a esta Real Audiencia, y los reos a la cárcel, para que se pronuncie la sentencia correspondiente a los méritos del proceso, poniendo en él el embargo que se hiciere de los bienes de los reos”<sup>183</sup>. El 25 del mismo mes y año, el fiscal José Perfecto de Salas formó una instrucción circular que, en 21 disposiciones, señalaba los pasos a seguir en la tramitación criminal<sup>184</sup>.

Tras la cédula de 1775 mencionada más arriba, el primer fiscal del crimen de la Audiencia de Santiago, Ambrosio Cerdán y Pontero, elaboró una *instrucción* para la substanciación de las causas criminales, similar a la de Salas, aunque más pormenorizada en algunos aspectos. Fue aprobada por auto acordado de 16 de

gaciones Barros Arana- Ril Editores, 2003), en que se transcriben íntegros cinco expedientes que concluyeron en pena de muerte. También para Chile, J. PINTO RODRÍGUEZ, *La violencia en el Corregimiento de Coquimbo durante el siglo XVIII*, en *Cuadernos de Historia* 8 (Santiago: Universidad de Chile, 1988), pp. 73-97, quien llega a conclusiones de historia social tras el estudio de 284 expedientes. Es interesante el paralelo que traza acerca de la criminalidad en diversos lugares del mundo durante el siglo XVIII. Para Quito, T. HERZOG, *La administración como un fenómeno social: la justicia penal de la ciudad de Quito (1650-1750)* (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1995).

<sup>180</sup> Lo eran los que no merecieran pena aflictiva, infamante, de destierro o destinación a trabajos públicos por más de seis meses: Partidas 7, 29, 1; Fuero Real 4, 5, 4.

<sup>181</sup> Rec. Cast. 4, 17, 10; Nov. Rec. 11, 16, 2. No procedía, sin embargo, iniciación oral cuando se tratase de causas incoadas ante los tribunales superiores (Rec. Cast. 4, 2, 1) ni en el caso de crímenes de herejía: HEVIA, cit. (n. 36), 1ª parte, \* 11, núm. 1, p. 62, quien cita a SIMANCAS, *De Inst. Cathol.* tít. 4: *De Accus. in fine*.

<sup>182</sup> J. De MATRAYA Y RICCI, *El Moralista Filalético Americano* (Lima, 1819), p. 446.

<sup>183</sup> En M. SALVAT MONGUILLOT, *El procedimiento criminal chileno según dos autos acordados del siglo XVIII*, en *Homenaje al profesor Alfonso García-Gallo* (Madrid: Editorial Complutense, 1996), III\*, p. 420.

<sup>184</sup> Hállase en ANRACH., vol. 3137 y ha sido reproducida en SALVAT, *El procedimiento*, cit. (n. 183), pp. 420-422; CORVALÁN - CASTILLO, cit. (n. 45), pp. 406-408; *Gaceta de los Tribunales* 31, p. 120; J. B. LIRA, *La legislación chilena no codificada o sea Colección de leyes i decretos vijentes i de interes general ordenada por [...]* (Santiago, 1881), III, pp. 147-150.

marzo de 1778<sup>185</sup>. El mismo fiscal fue autor de una instrucción para el alcaide de la cárcel de Santiago, de 26 de febrero de 1778, relativa al funcionamiento de ésta<sup>186</sup>.

De acuerdo al artículo 1 de la *instrucción* de Salas, las causas criminales se seguían o bien de oficio, o a pedimento de parte, por medio de querella, que podía ser “*de palabra o por escrito*”<sup>187</sup>. Para los casos de faltas o delitos leves<sup>188</sup> podía hacerse un proceso verbal público. La otra *instrucción circular*, de Cerdán y Pontero, de 10 de marzo de 1778, repite, en su artículo 1, que las querellas podían incoarse “de palabra o por escrito”<sup>189</sup>.

Una *Instrucción* para los diputados de Colchagua, expedida por el gobernador Tomás Álvarez de Acevedo<sup>190</sup>, fue extendida por Ambrosio Higgins a la totalidad del reino en 1789. En lo que a juicios criminales respecta, mandaba que aquéllos debían levantar información sumaria, de oficio o previa querella verbal o escrita. El auto cabeza de proceso debía contener un extracto de las declaraciones de testigos. Si el delito fuese de bofetadas, rencillas, injurias, violaciones, hurto, forado, incendio, homicidio y otros, los testigos debían ser examinados individualmente por el diputado, quien les leería sus declaraciones en voz alta para que las oyesen y manifestasen su conformidad<sup>191</sup>. Su similitud con las disposiciones de Salas y Cerdán es evidente, por lo que no cabe duda que éstas inspiraron las de Acevedo y Higgins.

Unas normas particulares fueron dadas para combatir el juego de azar<sup>192</sup> por Carlos III mediante pragmática de 6 de octubre de 1771<sup>193</sup>. Entre otros arbitrios, se otorgaba acción a favor del que hubiese perdido alguna suma para que le fuera restituida por el ganancioso, la que debía demandar en el plazo de ocho días, y había, además, acción pública a favor de los que quisieran quedarse con lo perdido en tales juegos si los perdedores no hacían la reclamación aludida en el plazo señalado. Eran requisitos para estos terceros, ejercitar la acción en el plazo de dos meses a contar del juego delictual; debía rendirse prueba de testigos sobre lo ocurrido; los denunciados debían ser oídos breve y sumariamente, tras lo cual el juez dictaba sentencia sin más trámite. Si hallaba que la denuncia era calumniosa,

<sup>185</sup> CORVALÁN - CASTILLO, cit. (n. 45), pp. 408-411 y SALVAT, cit. (n. 183), pp. 423-427.

<sup>186</sup> CORVALÁN - CASTILLO, cit. (n. 45), pp. 411-412 y SALVAT, cit. (n. 183), pp. 427-429.

<sup>187</sup> Puede consultarse un caso de querella verbal por violación de morada y lesiones iniciado ante el Alcalde Mayor Provincial, maestro de campo José Miguel Prado, por Agustín Briseño en contra de Pedro Vásquez y Manuel Llaypán en ANRCh., vol. 2725, p. 2<sup>a</sup>, correspondiente a 1779.

<sup>188</sup> Lo eran los que no merecieran pena aflictiva, infamante, de destierro o destinación a trabajos públicos por más de seis meses: Partidas 7, 29, 1; Fuero Real 4, 5, 4.

<sup>189</sup> ANRCh., vol. 3137, fs. 180.

<sup>190</sup> ANCG., vol. 939, p. 7; ANRCh., vol. 500, p. 3 y Archivo Nacional de Chile, Fondo Varios, en adelante, ANFV., vol. 843, p. 31.

<sup>191</sup> Cobos, cit. (n. ), p. 112.

<sup>192</sup> A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *El juego ante el Derecho en Chile indiano*, en *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Floris Margadant* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988), pp. 107-136.

<sup>193</sup> Nov. Rec. 12, 23, 15, nos. 8 y 12.

aplicaba al denunciante la pena que habría merecido el denunciado, aumentada en proporción de la gravedad de la calumnia y perjuicio causado.

Igualmente en materia de juego, pero esta vez, carreras de caballos, un auto acordado de la Real Audiencia de Santiago de Chile, de 27 de mayo de 1762, había dispuesto que *“por punto general que siempre que haia carreras de caballos y se nombraren veedores que asistan a ellas, se esté y pase por lo que ellos determinaren, sin otro recurso y para que esta providencia tenga su debido efecto, no admitirán las justicias escrito alguno sobre el asunto y que así se haga saber a los Escribanos desta Corte”*<sup>194</sup>. Tales veedores, como puede advertirse, cumplían el rol de verdaderos jueces de única instancia en que su procedimiento era únicamente verbal. Este auto acordado era efectivamente aplicado, según nos lo muestra la praxis judicial<sup>195</sup>. En igual sentido, el gobernador Agustín de Jáuregui, por bando de 23 de agosto de 1773 dispuso *“que se embarasen todos los juegos de suerte y envite, permitiendo solamente en cualquier tiempo del año las andadas, parejas y corridas de caballos, con la precisa calidad de que haya de presenciarse, y que toda duda o deferencia de las que suelen ocurrir hayan de quedar resueltas y acabadas con lo que verbalmente se determinare, sujetándose los interesados a la resolución de los veedores y jueces”*<sup>196</sup>.

b) Citación del inculpado. Por auto acordado de la Real Audiencia de Santiago, de 1 de diciembre de 1609, se dispuso que, para el caso que un delincuente no fuese habido, y hubiese que hacer “despreses y pregones” llevaría el corregidor o alcalde 300 *maravedis* “y no mas”. Tal norma está obviamente basada en el arancel de los derechos de las justicias ordinarias establecido por Isabel la Católica en Alcalá de Henares en 1503, que pasó a constituir *Rec. Cast.* 3, 10, ley única. En el numeral 1 de los relativos a causas criminales, preceptuaba: *“primeramente de los despreses, i pregones, que se dieren para llamar qualquier delinquente, en el caso que no pueda ser avido, que lleve el Corregidor, ó Alcalde sesenta maravedis por todo ello, i no mas”*. Por lo que se ve, el justicia indiana percibía un honorario cinco veces mayor que su correspondiente castellano. Se daban tres edictos, que eran publicados verbalmente, anunciándolos, y fijando un cartel en parte notoria. Al no comparecer el citado, se le fijaban los estrados en que *“parará el mismo perjuicio que si en su persona fueran hechas”*<sup>197</sup>.

c) Prueba testimonial. Para la testimonial, se dice en el artículo 5º. de la *instrucción* de Salas: *“examinase, luego, los testigos, que el Juez llame de oficio: o presenta la parte quando es por Querrela: estos han de ser dos o tres a lo menos, principalmente en causas graves, procurando que sean españoles, y que sepan firmar y si es posible que sean personas de excepción, a cuya falta se reciben los que se hallan, prefiriendo los que vieron el hecho a los que lo oyeron, y generalmente que den rason como y por quien saben lo que declaran; que juren antes de declarar y que sepan que es juramento”*.

<sup>194</sup> ANRACH., vol. 2596, fs. 10 v.

<sup>195</sup> ANRACH., vol. 2486, p. 17 (1806).

<sup>196</sup> ANCG., vol. 929 reproducido en parte en E. PEREIRA SALAS, *Juegos y alegrías coloniales en Chile* (Santiago, Editorial Zig-Zag, 1947), p. 51.

<sup>197</sup> Ejemplo de estos edictos en causa criminal seguida por Lorenzo Orellana contra Tomás Durán y otros por un homicidio, 1743-1746. ANRACH., vol. 1415, p. 1 en ARANCIBIA y otros, cit. (n. 179), pp. 318, 320 y 322.

Un auto acordado de la Real Audiencia de Santiago, de 17 de septiembre de 1799, hizo referencia a la citación de testigos en las causas criminales, la que resultaba complicada por la circunstancia de hallarse muchos de ellos en los arrabales de la ciudad o en las doctrinas inmediatas. Ello acarreaba dilaciones y para paliar tal situación, se ordenó al Cabo de Alguaciles que pusiese diariamente a uno de sus ministros de ordenanza a disposición de la Audiencia, el que debería cumplir las órdenes de ésta<sup>198</sup>.

La declaración de testigos en causas criminales debía ser recibida por los mismos jueces, en presencia de escribanos que no podían delegar sus funciones en otros<sup>199</sup>, disposición que un Fiscal en 1789 no consideraba de aplicación absoluta<sup>200</sup>. Como precaución para evitar nulidades, aconsejaba Villadiego que *“cometiéndose al Escrivano el examen de los testigos, ha de constar por escrito de la comisión, aunque sea por ante el mismo Escrivano, porque no los haciendo, será nulo quanto se hiciere. Y aunque aya qualquier impedimento, y se cometa el examen al Escrivano, siempre es necesario, que los testigos juren ante el Juez”*<sup>201</sup>. Tal comisión, sin embargo, se daba a veces verbalmente, sin que se alegara nulidad alguna<sup>202</sup>.

Había dos ratificaciones en la prueba testimonial. Una, inmediata a la declaración, en que había que leer al testigo lo que se había asentado en el proceso para su ratificación o rectificación, instancia que podía servir para confrontar declaraciones dispares: *“la práctica para apurar la verdad en los testigos varios sobre hechos, ó circunstancias substanciales se reduce á leerles á presencia judicial sus declaraciones, en virtud de las quales se reconviene mutuamente, y extiende la diligencia con toda prolixidad”*<sup>203</sup>. He aquí una situación más en que la intermediación podía producir buenos resultados. La segunda ratificación tenía lugar cuando, terminada la sumaria, *“el acusador, ò Juez, procediendo de oficio, ha de ratificar los testigos de la sumaria, citada la parte; porque no se ratificando así, no hacen fee, por haver sido recibidos sin citacion de parte, ni estado competente de la causa: como (demas de otros) lo traen Angelo, y Bartulo”*<sup>204</sup>. El reo podía renunciar a esta ratificación en casos en que el delito no fuese de pena afflictiva como muerte, mutilación, azote, galeras y otras de esa naturaleza<sup>205</sup>. La constancia de este trámite era de tenor igual o similar al siguiente: *“siéndole dicho, que si se acuerda haber declarado en esta Causa dijo que sí y diciéndole dijese su declaración, dijo que en quanto a lo que declaró está muy cierto ser la verdad aunque no sea con el término de palabras con que habló y declaró y para mayor validación y firmeza de ella me pidió a mí dicho juez le leyera su declaración y*

<sup>198</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 319-319 v.

<sup>199</sup> Rec. Cast. 2, 7, 15, que fue después Nov. Rec. 12, 32, 17.

<sup>200</sup> Causa criminal contra Pascual Lazo por el homicidio de Cipriano Martínez, 1788-1789. ANRACH., vol. 2788, p. 6 en ARANCIBIA y otros, cit. (n. 179), p. 106.

<sup>201</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 5 núm. 53, p. 202. Citaba al efecto la glosa de Gregorio López a Partidas 3, 4, 22.

<sup>202</sup> Un ejemplo, en causa criminal de oficio contra José Manuel Guzmán por el homicidio perpetrado en persona de Trinidad Gómez. 1801. ANRACH., vol. 2403, p. 6 en ARANCIBIA y otros, cit. (n. 179), p. 64.

<sup>203</sup> ELIZONDO, cit. (n. 8) IV, p. 360, núm. 59.

<sup>204</sup> HEVIA, cit. (. 36), p. 3, \*15, núm. 2.

<sup>205</sup> *Ibidem* p. 3, \*15, n. 3 y 4.

*siéndole leída verbo ad verbo que es la que consta de la tercera foja dijo ser ella y que a ella no tiene que quitar ni poner en la cual se afirma y ratifica por ser la verdad so cargo del juramento que hecho tiene [...]”*<sup>206</sup>. Estaba regulado que “los testigos de la sumaria los ratifiquen los dichos Escribanos de la cárcel en la vía ordinaria ante un Alcalde”<sup>207</sup>. En un juicio criminal de 1789, el Fiscal aduce que “sin embargo de decirse que la Ley de Partidas manda, que los jueces hagan estas diligencias por su persona: porque ella no habla de una necesidad absoluta”.

Mediante auto acordado de 29 de mayo de 1797 se intentó salir al paso de cierto abuso que se había ido introduciendo en la práctica judicial. Se trataba de que los abogados de los reos habían tomado la costumbre de presentar como testigos a favor de éstos, durante el plenario, a los que habían sido presentados por el Fisco o la parte querellante en la sumaria y respecto de los cuales se había decretado captura. Obviamente, éstos, indignados con lo que les había ocurrido, declaraban no a favor de quien los hubiese presentado con anterioridad sino que del reo<sup>208</sup>.

De íntima vinculación con la prueba testimonial, y basado fundamentalmente en ella, es el sinuoso concepto de la fama. “La fama es una de las especies de prueba, que aunque por sí sola no alcanza á constituirla perfecta, y concluyente, produce un cierto admínculo, ó justificacion imperfecta, sobre que no puede establecerse regla fixa, pendiendo en lo civil su virtud de la mas, ó menos antigüedad del hecho, y de otras circunstancias puestas todas en el arbitrio judicial”<sup>209</sup>. De ella se hacía cierto abuso, tanto por los fiscales en contra de los imputados de un delito, como por los abogados defensores, que la traían a cuento en favor de sus defendidos, muchas veces sin mayor fundamento que el común decir de la población. A esta muchas veces ridícula exaltación de la buena fama de los reos se la denominaba “la prueba del Gitano”<sup>210</sup>.

d) Careo. La instrucción de Cerdán agrega, en su artículo 9, que cuando en las confesiones, declaraciones y demás deposiciones se hiciese mención, por parte del reo o de los testigos, de algún otro sujeto, “evacuara el Juez las citas y procedera a formar el respectivo careo, haciendoles declarar ante si acerca del hecho o hecho para que son nombrados”<sup>211</sup>. El jurista Elizondo no tenía muy buena opinión sobre los resultados prácticos del careo “de reo á reo, testigo á testigo, ó de este con aquel, [...] pudiendo asegurar nosotros por lo que nos ha enseñado la experiencia, quando servimos la Fiscalía del Crimen, es muy raro el careo, en que se logre descubrir la verdad, por que se anhela: de modo que esta misma dificultad, y la facilidad de infinitos perjurios, y daños sirven de estímulo á la sala para decretar aquellos con el mayor pulso, y la mas delicada circunspeccion”<sup>212</sup>.

<sup>206</sup> Causa criminal seguida por Lorenzo Orellana contra Tomás Durán y otros por un homicidio, 1743, ANRACH., vol. 1415, p. 1 en ARANCIBIA y otros, cit. (n. 179), p. 230.

<sup>207</sup> Rec. Cast. 2, 7, 15, que fue después Nov. Rec. 12, 32, 17.

<sup>208</sup> ANRACH., vol. 3137.

<sup>209</sup> ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, p. 233, núm. 33.

<sup>210</sup> *Ibidem*.

<sup>211</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 181 v.

<sup>212</sup> Elizondo, cit. (n. 8), IV, pp. 359-360, núm. 56.

El reconocimiento en rueda de presos era un aditamento de gran utilidad en los procesos penales: *“ha adoptado la práctica el medio de ejecutar una rueda de presos, especialmente de aquellos, que tengan mas semejanza con el acusado, vistiendo á todos con igual trage, si fuese posible, y recibiendo al testigo en lugar separado el juramento, se le lee su declaracion anterior, en la qual, quando se ratifique, se le conduce desde allí al sitio, donde se halla la rueda, instruyéndole, que reconozca bien á todos, y saque por la mano al que le parezca, executándose siempre estos actos antes del careo, aun en los juicios Militares”*<sup>213</sup>.

e) Confesión del inculpado. Una vez probado el delito, se despachaba mandamiento de prisión y embargo de bienes. y, según el artículo 7, *“inmediatamente se le toma su confesion haziendole cargo de los hechos que resultan probados, no mas, sin quitar i añadirle otros que no estan probados; ni menos empeñarse ofreciendoles libertad a los Reos negativos por que confiesen”*. El artículo 20 de la Instrucción de Cerdán hacía hincapié en que *“nunca es licito pasar a tomarle confesion sin que preceda alguna probanza del Delito, por publico que sea, pues entonzes aun deben examinarse, siquiera dos testigos de la publicidad, bien es que alguna vez pueda tomarse declaracion simple para ofrecer la Sumaria quando esta no es mui clara, o esta diminuta, pero sin hacerle cargos ni convencimiento, que en esto se distingue de la confesion”*<sup>214</sup>.

Había normas especiales para los indios<sup>215</sup> y los menores. Según el artículo 8, para el caso de que el reo fuese indio, la confesión requería la presencia de su coadjutor, y no habiéndolo en el partido, se nombraba uno, que había de aceptar el cargo y jurar desempeñarlo correctamente. Para el caso de los menores de veinticinco años, era necesario nombrarles curador, al que, tras aceptar el cargo y prestar juramento, se le discernía el mismo. Ni el coadjutor ni el curador debían estar presentes al momento de la confesión misma, sino sólo a los de juramento y firma de lo atestado<sup>216</sup>.

Todas las diligencias podían ser autorizadas, durante el sumario, con la concurrencia de receptores, pero desde que se despachaba mandamiento de prisión y se tomaba confesión al reo, las autorizaciones corrían por cuenta de los escribanos públicos. Es ésta una materia en la que la Real Audiencia había insistido mucho, atribuyendo el atraso en la tramitación de los procesos criminales, a la mala práctica de que éstos se desarrollasen con los receptores como ministros de fe, tanto en la sumaria como en la plenaria. La razón era la de que los receptores eran

<sup>213</sup> Elizondo, cit. (n. 8), IV, p. 361, núm. 60.

<sup>214</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 86-87v; *Gaceta de los tribunales* 31, p. 120, etc.

<sup>215</sup> Vid. J. ENCISO CONTRERAS, *El proceso penal en los pueblos de indios durante la colonia*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 18 (México, 2006), en especial, pp. 238-251.

<sup>216</sup> En un proceso, dudoso el corregidor acerca de la edad de aquél a quien iba a tomar confesión, le preguntó a quién quería por curador, y no señalándolo, le designó de oficio al Procurador de Pobres: causa criminal contra el negro Antonio por el homicidio de su amo el maestre de campo Alonso de Lecaros, 1767-1768, ANRACH., vol. 1737, p. 2 en ARANCIBIA y otros, cit. (n. 179), p. 144. Contra lo aseverado por Elizondo, en este juicio la confesión fue prestada en presencia del curador: *“en su presencia se le tomó nuevamente al dicho reo juramento en la misma forma que anteriormente, y retenido dicho curador prosigue el reo diciendo [...]”*: ibídem.

pocos y no daban abasto para los requerimientos de los alcaldes y corregidores, atrasándose así las causas.

Cuando el inculpado no confesaba, existía la posibilidad de someterlo a tormento mediante sentencia expedida al respecto<sup>217</sup>. Mas, para ello, se necesitaba que no estuviese exento de este medio de prueba<sup>218</sup>, que no hubiese otro camino para averiguación del delito y que existiese respecto de éste una prueba semi plena<sup>219</sup>. Tal declaración oral debía ser documentada, asentando el escribano las palabras tal cual fueran proferidas, buenas o malas<sup>220</sup>. Antes de someterlo a tormento, el juez debía, mediante auto, hacerle el requerimiento de que dijese la verdad y la protestación ordinaria según la cual, “*si muriere en el tormento, ó fuere lisiado, ó*

<sup>217</sup> Rec. Cast. 2, 7, 13, que fue *Nov. Rec.* 5, 12, 13. He aquí un ejemplo de estas sentencias, de 18 de enero de 1744: “Fallo atentos vistos y considerados los méritos del proceso y la culpa, que de ellos resulta contra los dichos reos, que debo de condenar y condeno al dicho Tomás Durán a cuestión de tormento que se le debe dar en la forma ordinaria de la manera siguiente: Que sea puesto y atado de pies y manos a vista del potro y en cada pierna dos garrotes, en cada brazo otros dos garrotes reservando en mí las vueltas de ellos la cantidad y número de ellas según me pareciere dejando en su fuerza y vigor las probanzas, e indicios que resultan de el proceso, como así la determinación de la Causa hasta que se haya ejecutado el tormento...” en causa criminal contra Tomás Durán y otros por homicidio, 1743-1746, ANRACH., vol. 1415, p. 1 en ARANCIBIA y otros, cit. (n. 179), p. 280. Los mismos autores lo son del artículo *¿Veis aquí el potro del tormento? ¡Decid la verdad! Tortura judicial en la Real Audiencia de Santiago de Chile*, en *Revista de Historia Social y de las Mentalidades* Año IV núm. 4 (Santiago, USACH, 2000).

<sup>218</sup> No procedía contra hidalgos, menores de 14 años, viejos de 60, soldado que sirve al Rey, abogado, juez, doctor, licenciado graduado en una de las cuatro universidades señaladas por la ley real o por otra de las universidades aprobadas en el reino si está *in actu* sirviendo de juez o abogado, ni contra la mujer preñada, y otras contenidas en las Partidas 7, 30, 2; 2, 21, 24; Rec. Cast. 6, 2, 1 y 2 (que ocupa la misma numeración en la Novísima, relativa a hidalgos) y 2, 7, 13. Pero no había tal privilegio en los casos de delitos de lesa majestad divina o humana: VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 3, núm. 322 y 323, pp. 87 y 88.

<sup>219</sup> Para decretarlo, dice Villadiego, es necesario que no haya otra vía para la averiguación del delito: “*sino quando está semiplenè probado, que es con un testigo, y otros adminiculos, ó indicios, porque no puede darse tormento al reo, sin proceder legitimos indicios [Partidas 7, 30, 1], y no será bastante indicio para esto un testigo, si no es mayor de toda excepcion, y que disponga de vista de ojos sobre el mismo delito, y no basta que diga de las circunstancias de él [Partidas 3, 11, 10]; que para esto son menester dos testigos por lo menos: y aun tambien han de ser mayores de toda excepcion, y mas siendo indicios remotos [cita Menochio, de Arbit. cent. 3 casu 270. Rojas, de Haret. 2. p numer. 291] cap. 3, núm. 307, p. 86). Señala en los números siguientes otros casos en que procede, como cuando se fuga (núm. 309), cuando hay confesión extrajudicial del reo confirmada con la declaración de dos testigos (núm. 311), y diversas situaciones más. En el núm. 313 (p. 87) apunta que el tormento no procede en cualquier tipo de delito, sino en el que tiene pena corporal, especialmente en los delitos ocultos que son difíciles de probar. Se decreta mediante sentencia, que puede ser apelada (núm. 324, p. 88) y si es juez lego, por regla general, ha de expedirla con dictamen de asesor (núm. 312, p. 87). VILLADIEGO, cit. (n. 62), pp. 86 y 87.*

<sup>220</sup> Vid. F. TOMÁS Y VALIENTE, *La tortura en España: estudios históricos* (Barcelona, Editorial Ariel, 1973), pp. 5-141; G. MARTÍNEZ DÍEZ, *La tortura judicial en la legislación española*, en *AHDE*. 32 (1962), pp. 249-253; M. P. ALONSO, *El proceso penal en Castilla, siglos XIII-XVIII* (Salamanca, Universidad de Salamanca, 1982); W. BORAH, *The use of Torture by the Royal Courts in the Audiencia of Mexico in the Late Seventeenth Century*, en *Estudios jurídicos en homenaje al maestro Guillermo Floris Margadant* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988), pp. 77-85.

se le quebrare algun pie, ó mano ú otro miembro, sea por su culpa, y cargo, y no á la suya<sup>221</sup>. Si durante la declaración señalase el atormentado a algunos cómplices, éstos debían ser llamados a declarar y si sus dichos no coincidían con los del que los mencionó, también se les podía hacer pasibles de tormento. La declaración obtenida por este medio debía ser ratificada en presencia del curador, si fuese menor o indio. Para el caso de retractarse el atormentado de sus dichos, se le podía reiterar el suplicio<sup>222</sup>.

El humanitarismo propio del siglo XVIII no podía estar de acuerdo con el tormento, destacándose diversos autores, como Alonso María de Acevedo, Manuel de Lardizábal y Uribe, Francisco Antonio de Elizondo, Juan Sempere y Guarinos, Juan Meléndez Valdés, Juan Pablo Forner, Melchor Gaspar de Jovellanos –entre los de habla hispana–, que mostraron su rechazo ante este medio de prueba<sup>223</sup>.

f) Apelación oral. Se aplicaba a los juicios criminales las mismas reglas sobre apelación oral a que me he referido más arriba al tratar del procedimiento ordinario civil.

g) Relaciones verbales. Posiblemente en aras de una mayor rapidez en el conocimiento de las causas criminales, era práctica de la Real Audiencia de Santiago que las relaciones se hicieran verbalmente. Ello motivó un disgusto entre el fiscal del crimen, Ambrosio Cerdán y el relator Miguel Rocha. Aunque la *Recopilación de Leyes de Indias* disponía que sólo las relaciones de autos interlocutorios fuesen verbales y escritas las de otras resoluciones, constituía una costumbre en el tribunal chileno que con frecuencia se hiciesen oralmente. Reconvenido el relator por el referido fiscal para que cumpliera con lo dispuesto en la ley, había manifestado “*con ceño de gravedad y magisterio que en ninguna Audiencia de las que había conocido ni*

<sup>221</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 3, núm. 326, p. 88.

<sup>222</sup> “Y si no ratifica, sino que niega el delito se ha de iterar el tormento [Leg. Repet. ff de Quib. Greg. dict. l. 4] y tambien puede iterarse habiendo nuevos indicios, aunque haya negado en el primer tormento; y si otra vez en la ratificacion del segundo negasse su confession, puede ser tercera vez atormentado, y no mas por un delito, y esto se entiende si fue levemente atormentado, y hay nuevos indicios, y sino no puede iterarse mas de una vez el tormento, si no es por delito de traicion, ó hurto grave, o escalamiento, ú de falsa moneda porque no basta la confession hecha en el tormento, si no se ratificó despues [l. 1 \* Divus, ff de Quaestionib.]: VILLADIEGO, cit. (n. 62), cap. 3, núm. 331, p. 88.

<sup>223</sup> ELIZONDO, cit. (n. 8), IV, p. 366, núm. 76; A. M. DE ACEVEDO, *De reorum absolutione objecta crimina negatium apud equuleum ac de hujus usu eliminando praesertim ab ecclesiasticis tribunalibus, Exercitatio* (Matriti, Apud Joachinum Ibarra, 1770, quien consideraba la tortura “contraria á los principales derechos de la naturaleza, y á los más solemnes pactos de la sociedad” [SEMPERE, cit. (n. 32), I, p. 79]; M. J. DE LARDIZÁBAL, *Discurso sobre las penas, contraido a las leyes criminales de España para facilitar su reforma* (Madrid, Joaquín Ibarra, 1782); J. P. FORNER, *Discurso sobre la tortura* (Estudio preliminar de S. Mollfuleda, Barcelona: Crítica, 1990); J. MELÉNDEZ VALDÉS, *Discursos forenses* (Madrid, en la Imprenta Real, 1821). Véase TOMÁS Y VALIENTE, *La última etapa y la abolición de la tortura judicial en España*, en *Anales de la Universidad de La Laguna* (1964), pp. 3-37, y en *La tortura judicial en España* (Barcelona, Crítica, 2000). En el Río de la Plata, fue gran contradictor del tormento el obispo Azamor y Ramírez, estudiado por D. RÍPODAS: *El obispo Azamor y Ramírez: tradición cristiana y modernidad* (Buenos Aires, Universidad, 1982). En Francia, Montesquieu y Voltaire; en Italia, Beccaria, Tommasi, Filangieri, etc.: M. I. MARÍN TELLO, *El debate sobre el uso de la tortura en la segunda mitad del siglo XVIII*, en *Anuario Mexicano de Historia del Derecho* 18 (México, 2006), pp. 215-230.

*en ésta había visto nunca se hiciese relación por escrito de las causas criminales porque los señores jueces antes de sentenciar las causas debían ver los procesos*". Ante ello, el fiscal emitió un documentado dictamen el 17 de abril de 1779, con citas de las normas pertinentes de la *Recopilación de Castilla* y de la *Recopilación de Leyes de Indias* aduciendo, además, que en la propia Audiencia chilena se habían hecho relaciones escritas de causas criminales. Invocaba, además, la práctica peninsular en las Reales Chancillerías de Valladolid y Granada y otras Audiencias<sup>224</sup>.

h) Pruebas verbales. Las mismas normas que se han señalado respecto de las pruebas que se rendían en el juicio civil en segunda instancia son aplicables a los procesos criminales. Para éstos, la ordenanza 188 de las dadas para la Audiencia de Concepción, ordenaba *"que el relator no haga relacion de los dichos de los testigos en causa criminal al tiempo de la publicacion, porque los an de ver los oydores por si, sin cometerlos a persona alguna [...]"*<sup>225</sup>

h) Alegatos. Por medio de auto acordado de 28 de septiembre de 1796, expedido a petición del Procurador de Pobres, se señalaba que los abogados que habían defendido a ciertos reos en el año anterior y que se excusaban de alegar ante la Audiencia los recursos intentados, *"deven de asistir a alegar al tiempo de la relacion de ellas, y si quando terminen o terminasen en dicha defensa no se huviese todavia en la causa que fuere pronunciado sentencia de vista, toca continuarlas a los Abogados que les han sucedido en el referido cargo por convenir asi a la mejor defensa de los Reos, y a la mas breve y recta Administracion de Justicia"*<sup>226</sup>.

i) Pregones. Encontrándose ejecutoriada la sentencia condenatoria, existía la práctica de comunicar al pueblo mediante pregones la sanción que la vindicta pública había fulminado, de modo que sirviese de ejemplo para retraer al vulgo del delito en cuestión. Esta función correspondía a los pregoneros, cuyos derechos quedaron definidos en autoacordado de la Real Audiencia de Santiago, de 23 de septiembre de 1609. Se establecían ahí los derechos que a éstos correspondían: *"Primeramente, los Pregoneros en esta corte lleben de cada perssona que fuere condenada a muerte y executada la sentencia seis Reales, y lo mismo del que fuere traydo a la berguensa y azotado, y si fueren dos o mas Pregoneros no puedan llebar todos mas de los dichos seis Reales, so pena que lo mas que llebaren lo buelban con el quatro tanto y suspension del officio, y a los pobres que no tubieren de que pagar no les lleben bestido ni otra cossa alguna. Yten, de Pregonar una persona doce maravedis, de pregonar un cavallo o mula o acemila que fuer perdida un Real y medio, y si fuere bestia menor la mitad y si fuere esclavo llebe Real y medio y no llebe mas so la dicha pena"*<sup>227</sup>. Un ejemplo de pregón es el siguiente, dado en 1807 en Córdoba del Tucumán: *"Esta es La justicia que manda hacer el rey Nuestro Señor y en su Real Nombre el Señor don Bruno Martínez, Alcalde Ordinario de Segundo Voto, en esta mujer por la muerte que executó en la persona del muchacho denominado Gerónimo Miranda, la que ha*

<sup>224</sup> ANRACH., vol. 1698, p. 5ª., fs. 89-96. Trato de ello en mi trabajo *El derecho consuetudinario a través de las vistas del Ministerio Público del Reino de Chile*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 17 (Valparaíso, 1995), pp. 268-269.

<sup>225</sup> En SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 223.

<sup>226</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 278-278 v.

<sup>227</sup> ANRACH., vol. 3136, frs. 31-38.

*sido condenada a la pena de muerte en la horca. Quien tal hace que tal pague*<sup>228</sup>.

j) Juzgado de rematados. Dos obras públicas de importancia concitaron el interés de las autoridades de Santiago: el Puente de Cal y Canto y el Canal del Maipo. Como hacía falta mano de obra para su ejecución, los corregidores y alcaldes santiaguinos condenaban a mucha gente de la plebe a trabajos forzados en la construcción de ellos, sin que muchas veces hubiese ni siquiera sentencia al respecto. Ante tal violación de derechos, el abogado de pobres, Manuel Álvarez de Toledo, solicitó a la Real Audiencia que designase un visitador. Fue nombrado al efecto el oidor Nicolás de Mérida y Segura, previo informe del Fiscal Joaquín Pérez de Uriondo, quien recomendó, a 5 de marzo de 1781, que, a ejemplo de lo que existía en Lima, hubiese también en Chile un juez de rematados. Para ello, se dispuso que un oidor nombrado por el Presidente fungiese de tal. Le correspondía velar por que los condenados a trabajos forzados cumpliesen el tiempo exacto de sus penas y no más, así como que los que lo habían sido a presidios, como los de Valdivia y Juan Fernández, fuesen remitidos a ellos oportunamente. Como por lo general había que esperar la llegada de navíos que pudiesen llevar a los reos, se autorizaba que, mientras ello ocurriera, laborasen forzosamente en Santiago.

Lo dicho guarda relación con la costumbre que había en Santiago de que los jueces condenaran hasta por dos meses de trabajos forzados a los que habían violado bandos, puntos de ordenanzas de policía u otras causas pequeñas, sin dar cuenta a la Real Audiencia. Se les exigió que sentenciasen por escrito y enviasen copia de ella al juez de rematados. Ello nos señala, a *contrario sensu*, que muchas sentencias recaídas en causas parvas eran verbales<sup>229</sup>.

k) Visitas de cárceles<sup>230</sup>. Estaba mandado que se hiciera visita de cárceles los días sábados<sup>231</sup>. En esa oportunidad, se examinaba el estado de las causas de los

<sup>228</sup> Lo trae M. ASPELL, *¿Qué mandas hacer de mí?* (Córdoba, Mónica Figueroa Editora, 1996), p. 144. Orden de pregon puede leerse en sentencia de la Real Audiencia de 31 de agosto de 1746 por la que se condena a “*Tomás Durán en pena ordinaria de muerte que le será dada siendo sacado de la cárcel donde se halla caballero en pena de albarda con soga de esparto a la garganta; y paseado por las calles acostumbradas a voz de pregonero que manifieste su delito y llevado a la horca que estará puesta en la Plaza Mayor [...]*” en causa criminal contra Tomás Durán y otros por homicidio, 1743-1746, ANRACH., vol. 1415, p. 1 en ARANCIBIA y otros, cit. (n. 179), p. 369. Otra sentencia, de 19 de enero de 1789, condena a Pascual Lazo “*en la pena ordinaria de muerte con la calidad de alevé, y sea sacado en un serón arrastrado por una bestia de albarda a voz de pregonero hasta el lugar del suplicio [...]*”: *ibidem*, p. 100.

<sup>229</sup> J. BARRIENTOS GRANDON, *El juez de rematados del reino de Chile (1781-1805)*, en REHJ. 22 (Valparaíso, 2000), pp. 117 ss.

<sup>230</sup> Un interesante estudio sobre esta institución en Nueva España es el de B. BERNAL GÓMEZ, *Un aspecto más del régimen carcelario novohispano: la visita de cárcel*, en *Poder y presión fiscal en la América Española* (Valladolid, 1986), p. 255 ss. Para el Río de la Plata, véase E. MARTIRÉ, *La visita de cárcel durante el virreinato*, en RChHD. 13 (Santiago, 1987), pp. 39-59.

<sup>231</sup> Rec. Cast. 2, 9 y Nov. Rec. 12, 39 y en las diversas ordenanzas de Audiencias: en las de Santiago de Chile, de 1609, disposición 31 se expresaba: “*Iten, mando que el savado de cada semana vaian dos oydores por su tanda, como el presidente los repartiere, a visitar las carceles de la Audiencia y de la villa donde el Audiencia estuviere, y estuvieren presentes a la visita los alcaldes, alguaziles y scrivanos de las carceles, y el mi procurador fiscal; y en la visita de carcel de la ciudad o villa los alcaldes ordinarios della se sienten en banco diferente de los oydores, enel lugar mas decente y preheminentemente que huviere*”, en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 259.

presos conforme a una lista de ellos debía elaborar el alcaide. Un auto acordado de 20 de septiembre de 1756 ordenó se notificase a los escribanos y receptores que comunicasen al alcaide qué jueces tenían a su cargo los procesos de los presos “*a fin de que en las listas por que se hazen las Visitas vengan puestos por su orden y que todos asistan a ellas con los procesos para dar razon de su estado conforme a la Ley, pena de dos pesos a cada uno, y por cada ves que faltare al cumplimiento de esta Providencia*”<sup>232</sup>. Fluye de ello, que cada juez y abogado tenía que dar cuenta verbal de la situación del preso respectivo. La incomparecencia de los alcaldes motivó un auto acordado de 7 de noviembre de 1803, en que se hacía referencia a que ello producía “*perjuicio de la mexor indagacion del estado de las causas criminales para procurar su mas pronta substanciacion y determinacion, en que tanto se interesa la vindicta pública*”<sup>233</sup>.

#### IV. EL JUICIO ORDINARIO SUMARIO.

Ya se ha hablado más arriba de cómo la bula *Saepe contingit* introdujo la práctica sumaria en el Derecho Canónico, habiendo los emperadores tomado un rumbo similar. En lo que a Castilla respecta, el Rey Sabio lo contempla en *Partidas* 3, 22, 6 para asuntos de mínima cuantía ventilados entre personas pobres, circunstancias en que el juez debía “*oyr e librar llanamente*”<sup>234</sup>. La glosa de Gregorio López a este texto nos pone en el mero medio del *Ius Commune* al hacer referencia a las opiniones que al respecto habían expresado la *Glosa* de Accursio, Bártolo, Angelo, Bartolomeo de Salicileo y el Abad Panormitano.

Del máximo interés es la glosa gregoriana a la palabra *llanamente*, pues nos dice, sin lugar a dudas, que el procedimiento indicado es “*sine scriptura: nam soli iudici credetur*”. Esto es, la comunidad y las partes habían de fiarse de la actuación del juez, de modo de tenerse por cierto lo que aseverase que había ocurrido en su presencia, aunque bien podía ponerse lo obrado por escrito<sup>235</sup>. Cita al efecto a Baldo en una glosa a una novela auténtica, para el cual igual predicamento podía aplicarse a los señores que tienen potestad de proceder por escrito o verbalmente. La norma alfonsí no sería aplicable a las Audiencias Reales, en opinión de Ángel,

<sup>232</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 80-81 y vol. 3234, p. 2ª. fs. 98 v.; ANFA. vol. 3, fs. 289 v.

<sup>233</sup> ANRACH., vol. 3137 fs. 337-337 v.

<sup>234</sup> “*Pero pleytos y ha que pueden ser judgados sin escrito e por palabra tan solamente. E esto sería quando la demanda fuesse de quantia de diez maravedis ayuso: o sobre cosa que non valiesse mas desta quantia, mayormente quando tal contienda como ésta acaesciesse entre omes pobres, e viles. Ca a tales como estos deuelos el judgador oyr e librar llanamente, de guisa que non ayan a fazer costa, e mission por razon de las escrituras. E esto dezimos que deue ser guardado quando los oficiales dan cuenta de lo que fizieron en sus oficios. O quando algún obispo oyere, o librare pleytos entre sus clerigos*”.

<sup>235</sup> CHIOVENDA, *Instituciones*, cit. (n. 3), III, pp. 173-178, da como características de los juicios orales: 1. predominio de la palabra hablada como medio de expresión, atenuado por el uso de escritos de preparación y de documentación; 2. intermediación de la relación entre el juzgador y las personas cuyas declaraciones tiene aquél que valorar; 3. identidad de las personas físicas que constituyen el tribunal durante la duración del juicio; 4. concentración de la substanciación de la causa en un período único que se desenvuelve en una audiencia única o en el menor número posible de audiencias próximas: circunstancias todas que se dan en el procedimiento sumario castellano-indiano.

toda vez que ahí los pobres no pagaban a los escribanos y gozaban del auxilio de abogados costeados por los reyes; además, se daban en su favor provisiones ordinarias y estaban libres de gastos de carcelaje. En todo caso, y haciendo un recuerdo de sus propias vivencias, López manifiesta que él siempre hacía levantar actas en las causas de pobres, los cuales nada pagaban a los escribanos a menos que mejorasen de fortuna. Tal práctica, a su entender, era mejor que la de no escribir nada, de modo que el juez fuera creído, pues la frase *que non ayan a fazer costa* no impedía que se extendiese escritura, sino tan sólo que se evitaran gastos a los pobres. Recuerda que Bartolo en su glosa a una de las auténticas manifestaba que era permitido que en las causas leves no se requiriera de la solemnidad de la escritura así como tampoco en las sumarias, de acuerdo a la *Saepe contingit* de Clemente V. En éstas, sin embargo, era necesario que ambas partes estuviesen presentes, probándose lo actuado tanto por acta, por aserción del juez o por juramento de los contendientes. Era necesaria, en cambio, escritura cuando no comparecía el adversario y cita al efecto a Felino Maria Sandeo.

En las Cortes de Madrid de 1534 hubo una petición, la n. 60, que fuera acogida por Carlos I, según la cual, en los juicios de hasta 400 maravedís no debería haber *“orden ni forma de proceso, ni tela de juicio, ni solemnidad alguna, salvo que savida la verdad sumariamente, la justicia proceda en hazer pagar lo que asi se deuiere hasta en la dicha quantía; y si alguno cobrare lo que no les debido, no se le haga valer otra cosa, salvo la condenacion ó absolucion, porque no se torne á pedir otra vez”*. Tal disposición fue acogida en Rec. Cast. 3, 9, 19, que junto con la ley 24 del mismo título y libro pasó a constituir Nov. Rec. 11, 3, 8 con la diferencia de ascender la cuantía, por obra de una pragmática de 1593, a 1000 maravedís<sup>236</sup>. Para Indias, la suma era veinte pesos<sup>237</sup>, que es la misma que la *ordenanza* 163 de las dadas para la Audiencia de Concepción fijó para Chile<sup>238</sup> disponiendo igual cosa la 179 de la de Santiago. Por su parte, una real cédula de 6 de octubre de 1768, relativa a la división de Madrid en cuarteles y establecimiento de alcaldes de barrio, fijó la cuantía para juicios verbales de que aquellas autoridades podían conocer, en 500 reales vellón<sup>239</sup>. En tales juicios no se admitirían escritos ni alegaciones de abogados ni habría apelación ni restitución *“ni otro remedio alguno”*<sup>240</sup>.

<sup>236</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), p. 243, núm. 31.

<sup>237</sup> Rec. Ind. 5, 10, 1. La práctica indiana, sin embargo, muestra que en algunos lugares, solía utilizarse el procedimiento sumario cualquiera que fuese la cuantía del juicio. Respecto de Nueva España, vid. M. del C. GONZÁLEZ DOMÍNGUEZ, *La justicia distrital en materia civil en la Nueva España*, en RChHD. 13 (Santiago, 1987), p. 10.

<sup>238</sup> En SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 218. Similar norma se expidió para los corregidores de indios del Perú mediante carta acordada del virrey Francisco de Toledo y la Real Audiencia de la Ciudad de los Reyes el 30 de julio de 1578: *“el juicio de mínima cuantía respondía a la razón esencial del envío de corregidores de indios a los puntos más recónditos del Virreinato: poner la justicia al alcance de todos los vasallos, aun de aquellos desprovistos de medios de fortuna para acudir a gestionar en las ciudades”*. G. LOHMANN VILLENA, *El corregidor de indios en el Perú bajo los Austrias* (Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2001), pp. 300-301.

<sup>239</sup> Mencionada en la nota 1 a Nov. Rec. 11, 3, 8 de M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España* (Madrid: Administración, 1885), II, p. 1797.

<sup>240</sup> J. M. PALACIOS, *Instituciones del Derecho Civil de Castilla, que escribieron los doctores Asso*

Los derechos del escribano eran fijados, para todo el proceso, en un máximo de medio real. Se encargaba a los jueces “*que con toda brevedad lo despachen: lo qual no se entienda en los casos y penas de ordenanzas*”.

En 1788, el gobernador interino Tomás Álvarez de Acevedo dictó una *Instrucción que han de observar los diputados que se nombraren en el distrito del partido de Colchagua para el gobierno y adelantamiento de sus respectivas diputaciones*<sup>241</sup>, que su sucesor, Ambrosio Higgins de Vallenary enmendó en algunos acápites y dispuso fuese aplicada en todo el reino en 1789. Se establecían en ella diversas normas para el procedimiento civil. De acuerdo a esas disposiciones, los diputados podían resolver “*breve y sumariamente*” mediante juicio oral las controversias cuyas cuantías no superasen los veinte pesos, en lo que, como se ve, no se innovaba mayormente en la normativa vigente. Siendo la cuantía de sumas superiores, sólo practicarían las primeras diligencias remitiendo los autos al subdelegado para que llevasen adelante el juicio hasta la emisión de sentencia. Pero las partes podían solicitar que el juez los oyese y conociese sus desacuerdos, lo que debía hacerse verbalmente<sup>242</sup>.

La Real Audiencia de Santiago de Chile inició, en el siglo XVIII, una campaña para obtener que el juicio sumario se extendiese a las causas de cuantía inferior a 50 pesos. Un auto acordado de 29 de mayo de 1797 se refirió a lo perjudicial que resultaba para las partes seguir juicios de corta entidad con las tramitaciones del procedimiento ordinario “*assi por la dilación y molestias que son consigüientes a esta clase de juicios, como porque los gastos y derechos que se adeudan suelen superar excesivamente el importa de la demanda*”. Hacían presente que no había regla fija que pudiese servir a los Jueces de Provincia y ordinarios de pauta segura para sus resoluciones, salvo la disposición de Rec. Ind. 5, 10, 1, según la cual había ordenado Felipe II en 1563 “*que sobre cantidad que baxe de veinte pesos no se hagan procesos, ni los Escribanos reciban escritos, ni peticiones de los Abogados; y por lo que se hiciere hasta en esta cantidad, no lleve el Escribano por sus derechos de cada parte mas de medio peso, pena de volver lo que mas llevare, con el quatro tanto para nuestra Cámara*”, reiterada en la *Ordenanza* 179 de las de Santiago<sup>243</sup>. Al efecto, dispuso la Real Audiencia en esa oportunidad “*que se consulte a su Magestad con testimonio de este Auto, a fin de que conformandose con el saludable espíritu de la indicada disposicion, y el de las Leyes de Castilla, y posteriores soberanas declaraciones, se digne ordenar que no se hagan en adelante procesos sobre demandas cuio interes no exceda de cincuenta pesos, que es la cantidad que por ahora se regula correspondiente para definirse en Juicio Verbal, atendida la baja que ha sufrido el valor del dinero por la maior poblacion y el incremento que han tomado la industria y comercio de esta Capital; y que en consecuencia no se admitan escritos ni peticiones por los Es-*

---

y Manuel, enmendadas, ilustradas y añadidas conforme a la real orden de 5 de octubre de 1802 (7ª. ed., primera ilustrada, Madrid, en la Imprenta de don Tomás Albán, calle de la Bola, 1806), II, p. 234.

<sup>241</sup> ANCG., vol. 939, p. 7; ANRACH., vol. 500, p. 3 y ANFV., vol. 843, p. 31.

<sup>242</sup> M. T. COBOS, *La institución del juez de campo en el reino de Chile durante el siglo XVIII*, en *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 5 (Valparaíso, 1980), p. 114.

<sup>243</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 283.

*cribanos, quienes solo habran de llebar los derechos respectibos que señala el Arancel por el aciento de el Juicio Verbal en el libro que tendran los Jueces a este efecto para su debida constancia y justificacion, y que para obiar maiores dispendios y demoras se sirva assi mismo determinar que no se admita apelacion para este Tribunal de los autos que se proveyeren en los Juicios Verbales, a fin de que con la interposicion de estos recursos, no se frustre la notoria utilidad, que ha de seguirse de esta Providencia; debiendo los Jueces, sin perjuicio de esta resolucion, propender por todos los medios que les sean posibles, y con la actividad y zelo que corresponden a su ministerio, abun quando las demandas de los Litigantes fueren de mayor suma a que se compongan amigablemente, escusando procesos, que solo sirven para aumentar las vexaciones y costos, que son inseparables de los litigios; y formalidades de derecho para esclarecer la justicia que les asista a las partes interesadas*". Este interesante acuerdo, que lleva las firmas de José de Rezábal y Ugarte, Alonso González Pérez, Luis de Urriola y José de Santiago Concha, coincide con las tendencias de la época, expresadas, entre otros, por Muratori, y que serán vivamente impulsadas por los futuros gobiernos independientes. Destaca conceptos rescatados hoy por los procesalistas tales como la importancia del juicio oral, la necesidad de excusar el uso de excesivas ritualidades procesales y la conciliación.

El auto acordado recién señalado hace referencia a los "jueces de", expresión que nos lleva a las similares *Juzgado Mayor de Provincia y Audiencia de Provincia*<sup>244</sup>. El primero es ampliamente utilizado en Chile, en tanto que el segundo se encuentra, por lo menos, en *Rec. Ind. 2, 19, 1 y 2*<sup>245</sup>. Por la primera de esas normas, se establece que "los Oidores de nuestras Reales Audiencias de las Indias, donde no hubiéremos proveido de Alcaldes del Crimen, hagan Audiencia de Provincia los Martes, Jueves y Sábados de cada semana por las tardes, en las plazas de las Ciudades donde residiere la Audiencia". La misma ley llama al oidor que así hubiere sentenciado, Juez de Provincia. La otra, refiriéndose a los alcaldes del crimen de Lima y México, les manda que hagan audiencia de provincia en las plazas y no en sus posadas los martes, jueves y sábados por las tardes de cada semana "como es costumbre en estos Reynos, en las Chancillerías de Valladolid y Granada guardando en hacer las audiencias y asistir á ellas en las horas, y conocimiento de los negocios, la orden que se tiene y guarda por los Alcaldes del Crimen de Valladolid y Granada". En las llamadas *Ordenanzas Antiguas de Audiencias*, que son las dadas para México en 1528, extendidas a Santo Domingo en el mismo año, se disponía su competencia en causas civiles y criminales ocurridas en la villa donde estaba asentado el tribunal y dentro de las cinco leguas a su derredor, competencia que, en las de 1530 para México, se restringió a las causas criminales<sup>246</sup>. Una real cédula, de 8 de abril de 1565 fue el origen de la transcrita norma de *Rec. Ind. 2, 19, 1*, que, en términos similares, rigió para la Real Audiencia de Concepción, a través de disposiciones

<sup>244</sup> *Rec. Ind. 2, 19, 1* a 5.

<sup>245</sup> R. ALTAMIRA Y CREVEA, *Diccionario castellano de palabras jurídicas y técnicas tomadas de la legislación indiana* (México, Instituto Panamericano de Geografía e Historia, 1951), p. 25-26.

<sup>246</sup> Ordenanza 6 en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 83. En las Ordenanzas para la Audiencia de Nueva Galicia, el radio jurisdiccional se extendió a doce leguas: *ibidem*, p. 142.

de 12 de agosto de 1567: “*que de aquí adelante uno de los oidores della haga audiencia de provincia a las tardes de las causas civiles de dentro de las cinco leguas, por tres meses cada uno y ansi anden por turno*” y 8 de marzo de 1570, en que se da como fundamento para sus funciones, el que la justicia ante los alcaldes era cara porque había que pagar letrado que los asesorase, en tanto que, siendo los oidores letrados, se obviaba tal gasto<sup>247</sup>.

Analizando la situación de los oidores de la Real Audiencia de Santiago, es de notar que la competencia del juzgado mayor de provincia se refería a materias civiles, las que eran conocidas íntegramente por el oidor respectivo, quien dictaba sentencia al respecto, la que podía ser apelada ante la Audiencia. Distinta era la situación en asuntos penales, en que el título que se daba al oidor era de Alcalde Mayor de Provincia, lo que le permitía instruir el proceso mas no fallarlo, tarea que correspondía a la Audiencia misma en única instancia, sin que cupiera recurso alguno. Ello era así porque las Ordenanzas de la Audiencia de 1609 otorgaban a ésta competencia “*en las causas criminales que sucedieren en la ciudad, villa, o villas donde residieren con cinco leguas alrededor*”. Tanto los procesos civiles como penales tenían una marcada nota verbal, si bien el grueso de la tramitación era escrita<sup>248</sup>.

Harto evocadora de la *Saepe contingit* es la observación de Alonso de Villadiego, quien, tras decir que la regla era que siempre el Juez había de proceder por la vía ordinaria, “*sino es en los casos expresados en Derecho*”, advertía que el corregidor “*en los casos que procediere sumariamente, no dexé de recibir las excepciones legítimas, y probanzas necesarias, ofrecidas incontinenti, y no siendo valdía, y frustratorias, y en caso perjudicial: porque de otra manera sería nulo, si en estos procesos extraordinarios no se guardasse qual, ó qual orden*”<sup>249</sup>. Entre las causas sumarias en que habitualmente correspondía aplicar el procedimiento sumario se contaban: “*hacer pagar las soldadas, y salarios de los criados, y jornales de los obreros y las deudas á la gente pobre: y en algunas de estas causas sumarias basta un testigo, ó la fama: y en otras se suple con el juramento de la parte que pide en las cosas de leve perjuicio; pero esto no se entiende en las causas criminales, aunque sean de Ordenanzas, y de la dicha quantía, sino es que aya costumbre en estas penas de Ordenanzas, de procederse criminalmente*”<sup>250</sup>.

Las bondades del procedimiento sumario son compendiadas por un práctico al referirse a similar sistema utilizado en Aragón: “*es tan útil este juicio, que muchas veces con pruebas, y réplicas, en menos de una hora se sentencia difinitivamente una Causa, con todas las incidencias de un Pleyto largo, y costoso, que puesto en forma, duraría algunos años, ó meses: Si hay puntos arduos, informan Letrados, y Procuradores, y el Juez en vista resuelve de repente su decision difinitiva: Suelen apelarse muchas*

<sup>247</sup> Real cédula de 8 de marzo de 1570 en Academia Chilena, cit. (n. 71), pp. 156-157.

<sup>248</sup> J. BARRIENTOS GRANDON, *Las Audiencias Indianas. La Audiencia de Chile* (Santiago, Universidad de Chile, 1990), I, pp. 248-251.

<sup>249</sup> VILLADIEGO, cit. (n. 62), p. 243, núm. 32, quien cita glosas de Gregorio López a Partidas 3, 22, 5 y 2, 9, 3 (glosa 1) y Roberto MARANTA, *Tractatus de ordine Iudiciorum* (Lugduni, 1584)], parte 4ª., distin. 9, núm. 313.

<sup>250</sup> *Ibidem*. Cita a Alfonso AZEVEDO, tit. 9, ley 2 de la Rec. Cast.

*de estas Causas, y se admita la apelacion en quanto haya lugar para la Audiencia de aquel Reyno, y se dá á los Litigantes el Testimonio para la mejora (si lo pretenden con Pedimento en forma) con inclusion á la letra del Juicio Sumario, que regularmente se compone de quinze á veinte renglones*<sup>251</sup>.

#### V. JUICIO EJECUTIVO<sup>252</sup>

Si bien el fundamento de este juicio es el título ejecutivo, que normalmente es escrito, también traían aparejada ejecución la confesión de deuda y el reconocimiento del vale hechos ante el juez o, por su mandado, en presencia de un escribano o alguacil<sup>253</sup>. La confesión de deuda debía prestarse, por disposición de las Cortes de Valladolid de 1548, ante el juez, pero Felipe II dispuso, en 1560, que también pudiese serlo ante los escribanos o alguaciles por cometerlo a ellos el juez<sup>254</sup>. Respecto de los alguaciles, las *Ordenanzas* de la Real Audiencia de Concepción y de la de Santiago les vedaba cobrar repetidamente derechos por la ejecución de una deuda<sup>255</sup>. Este último cuerpo legal establecía, además, que no llevasen décima en las ejecuciones que se hiciesen a los indios, y que en todo lo demás, se les cobrase derechos muy moderados<sup>256</sup>.

Otro aspecto en que la palabra cobra relevancia en esta clase de juicios, es el de los pregones para la venta de los bienes embargados. Ellos debían darse en número de tres. Si los bienes eran muebles, tenían lugar en el término de nueve días—un pregón cada tres días— y de veintisiete si se trataba de inmuebles—un pregón cada nueve días—. La omisión del plazo de los pregones y su formalidad eran sancionada por los tribunales chilenos con la nulidad, solución jurisprudencial que recogía la opinión de autores como Hevia Bolaño<sup>257</sup>, razón por la cual en las escrituras de remate se dejaba casuística constancia hasta de las expresiones usadas por el pregonero. Pasados estos términos, se realizaba la citación de remate para su venta. Tal citación se notificaba personalmente al deudor, y si no era habido, por cédula a su mujer, hijos o vecinos más cercanos. Transcurridos estos plazos, que podían ser renunciados por el deudor ya que estaban establecidos en su favor, éste podía oponer excepciones, y si no lo hacía, “*mande el Juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas, la parte que pide execucion, que la ley de Toledo y las otras leyes destos reynos disponen; y haga el remate y pago sin embargo de qualquiera apelacion*”<sup>258</sup>. Ello no obstante, procedía emplazamiento al deudor después de dados los pregones

<sup>251</sup> MARTÍNEZ, *Librería*, II, cap. 5, núm. 10, pp. 127-128.

<sup>252</sup> Para la práctica en el Río de la Plata, vid. M. R. PUGLIESE, *Algunos aspectos del juicio ejecutivo en el Río de la Plata a través de expedientes judiciales (1750-1810)*, en *RChHD*. 13 (Santiago, 1987), pp. 93-116. Para Chile, A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *Variaciones introducidas por la costumbre y aceptadas por la jurisprudencia chilena en el procedimiento ejecutivo indiano*, en *RChHD*. 7 (Santiago, 1978), pp. 107-112.

<sup>253</sup> SALA, cit. (n. 39), II, lib. 3, tít. 15, núm. 1.

<sup>254</sup> Rec. Cast. 4, 21, 6 que devino Nov. Rec. 11, 28, 5.

<sup>255</sup> Ordenanza 104 de las de Concepción en Academia Chilena, cit. (n. 71), p. 40 y Ordenanza 116 de las de Santiago en SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 274.

<sup>256</sup> Ordenanza 118, ibídem.

<sup>257</sup> DOUGNAC, cit. (n. 252), p. 110.

<sup>258</sup> Rec. Cast. 4, 21, 19 que devino Nov. Rec. 11, 28, 12.

acerca de la continuación de la ejecución y otro un día antes de hacerse el remate<sup>259</sup>, de modo que aquél quedase plenamente enterado de lo que estaba ocurriendo. Por práctica chilena, había un cuarto pregón que reafirmaba el emplazamiento al ejecutado: *“notificada la sentencia, y otorgada la fianza de Toledo por el ejecutante, se vuelven a sacar últimamente a pregón los bienes ejecutados, el cual se llama cuarto pregón, apercibiéndose en él al remate de aquéllos y admitiéndose las posturas que se hiciere para cuyo efecto suelen ponerse muchas veces carteles en las esquinas de la plaza”*<sup>260</sup>. De una escritura de 3 de febrero de 1731, típica de las de esta clase de ejecuciones, resulta que los pregones se practicaban en la Plaza Mayor, por orden verbal que daba, en las puertas de la Real Audiencia, el juez respectivo –en el caso anotado, el licenciado Juan Calvo de la Torre, oidor y Alcalde de Corte– dejándose constancia que se habían dado los pregones que disponía la ley, *“se señala para el cuarto pregón y remate el día de oi y siguientes, que no fueren feriados, en cuio estado mando Su Señoría a Juan de Castañeda Mulato, que hace Oficio deregonero traxere al pregon las dichas casas, y andando el pregon hizo postura de ellas el Maestro Don Thomas Vasquez de Poyancos clerigo Presbitero en mil y quinientos pesos de contado, con mas las costas del remate, y abiendose pregonado esta postura por muchas veces, no habiendo habido quien la mejorase [...] manda Su Señoría al Pregonero apercibiase de remate y lo hizo diciendo: mil setecientos quarenta pesos y siete reales dan de contado por el sitio y casas que posee Doña Catalina Pexaca, y pues que no ai quien puje, ni quien de mas, apercibo de remate, a la una, a las dos, a la tercera, que buena, que buena pro le hagan las dichas casas, y sitio de ellas al dicho Maestro Don Thomas Poyancos, en los dichos un mil setecientos quarenta pesos y siete reales, y estando presente el dicho Maestro Don Thomas de Poyancos, aseto el dicho remate según y como se contiene, y recibe comprado el dicho sitio y casas en los mil setecientos quarenta pesos y siete reales, y mas las costas, que se obligo a consignar, y pagar de contado [...] y quedo fecho el dicho remate, y lo firmo con Su Señoría”*<sup>261</sup>. Un auto acordado de 25 de febrero de 1765 dio normas relativas a los pregones de remates: *“Que los pregones que se dan y asientan en los Remates antes del señalamiento del día, deben tasarse a dos reales, conforme al Real Aranzel, y las demas asistencias de Juez y Escribano regularse por una hora cada una, y no por medio día, como hasta aquí se ha estilado; con reserva del derecho de los Ministros interesados para en el caso que juzguen ser acreedores a mas ocurran a esta R.l Audiencia a fin de que se declare el correspondiente premio”*<sup>262</sup>.

## VI. PROCEDIMIENTOS SUMARIOS ESPECIALES

Como indiqué al comienzo de este trabajo, hubo diversos procedimientos sumarios que, sea por su peculiar forma o por las personas involucradas, constituyeron especialidades. De esta laya califico a los mercantiles, de indios, prácticos, contra abogados en ciertos casos especialísimos, los llevados por alcaldes de barrio, ciertos juicios militares, de esclavos y de familia.

<sup>259</sup> Rtec. Cast. 3, 4, 36 que devino Nov. Rec. 11, 28, 13.

<sup>260</sup> SANTA MARÍA, cit. (n. 120), en ANFA., vol. 73, fs. 89.

<sup>261</sup> Archivo Nacional de Chile, Escribanos de Santiago, en adelante, ANES., vol. 530, fs. 56v.

<sup>262</sup> ANRACH., vol. 3137, fs. 151-151 v.; ANFA., vol. 3, fs. 293 v.

a) Juicios mercantiles. Los trato primero que a los demás por el carácter modélico que tuvieron. Al parecer, la primera legislación española mercantil que introdujo el procedimiento sumario está constituida por las Ordenanzas del Consulado del Mar dadas para Valencia en 1283, Palma de Mallorca en 1343 y Barcelona en 1347, donde se conminaba a los cónsules a tramitar los juicios “*breument, sumariament, e de pla, sens brugit, e figura de juy, sola facti veritate atenta*”. Para Castilla, los Reyes Católicos, dieron en 1484 unas Ordenanzas al Consulado de Burgos en que se ordenaba que los juicios los “*libren e determinen breve y sumariamente, según estilo de mercaderes, sin dar luengas ni dilaciones nin plazos de abogados*”<sup>263</sup>.

En lo tocante a Indias, el título 6 del libro 9 de la *Recopilación de Leyes de Indias*, que trata “*del Prior y cónsules, y Universidad de Cargadores á las Indias, de la Ciudad de Sevilla*”, trae diversas referencias al procedimiento sumario para mercaderes, en que utiliza la expresión *breve y sumariamente*<sup>264</sup>, que constituye la clásica remisión a la abolición de ritualidades en el procedimiento según el modelo de la *Saepe contingit*. Demanda y contestación debían ser verbales: “*los actores hagan relacion de palabra, y los reos de su defensa [...]*”<sup>265</sup>, procurándose la conciliación “*y no viniendo á concierto, ni á hacer relacion de su negocio, lo hagan por escrito*”. Se les permitía consejo de abogados “*porque los pleytos, y demandas sean breves*”, mas no escritos de éstos “*de forma que con toda la brevedad posible se abrevien los pleytos y las partes alcancen justicia [...]*”.

Un procedimiento similar había empezado a ser usado por los primeros Consulados que se establecieron en Indias: México, en 1592, que entró en funciones dos años después y Lima, que sólo comenzó a hacerlo en 1613, si bien había sido fundado en 1593. En el siglo XVIII se produce la gran expansión de estos tribunales: Caracas y Guatemala en 1793, Buenos Aires y La Habana en 1794 y Cartagena, Chile y Veracruz en 1795<sup>266</sup>. En Rec. Ind. 9, 46, 29 se señalaba el procedimiento asignado a los de Lima y México, que reitera en esencia el señalado al de Sevilla: “*haga primero relacion simplemente el Actor de su demanda, y de las causas que para ella tiene: y el Reo dé sus excepciones, y defensas, para que el Prior y Cónsules entiendan el caso, y la razon que cada uno tiene [...]*”. Procedía, en seguida, la conciliación: “[...] busquen personas de experiencia en semejantes casos, amigos, ó deudos de los litigantes, para que los concierten, y excusen de pleytos”. Si no se producía consenso entre las partes, entraban el Prior y Cónsules a conocer del asunto “*con tanto que no admitan á los unos, ni á los otros, escritos de Letrados, sino que las partes ordenen sus demandas, y respuestas, para que los pleytos sean mas breves [...]*” Sólo se permitía la participación de abogados para instruir a las partes “*y funde su causa por claras, y buenas razones, no alegando leyes, ni derechos, sino con estilo de Letrado, llano, y la verdad del caso [...]*”.

<sup>263</sup> J. MONTERO AROCA, *Síntesis de Derecho Procesal Civil Español*, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* 89 (México, mayo-agosto 1997), pp. 635-636.

<sup>264</sup> Rec. Ind. 9, 6, 22: “*que lo oigan, libren, y determinen breve, y sumariamente, según estilo de Mercaderes, sin dar lugar á dilaciones*”.

<sup>265</sup> Rec. Ind. 9, 6, 27.

<sup>266</sup> O. CRUZ BARNEY, *El régimen jurídico de los consulados de comercio indianos: 1784-1795* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2001), con extensa bibliografía.

En 1737 se dictaron las Ordenanzas de Bilbao, que recibirán posterior aplicación en Indias<sup>267</sup>, donde, siguiéndose la tradición a que ya me he referido, se disponía que los juicios mercantiles se juzgaran “*breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de mercaderes, sin dar lugar a dilaciones, libelos ni escritos de abogados*” al través de un procedimiento básicamente oral. Sólo tras el llamado a conciliación podía formularse la demanda por escrito. Preceptúan estas Ordenanzas, incorporadas a Nov. Rec. 9, 2, 5, n. 6: “*En quanto en dicho Consulado deben determinarse los pleytos y diferencias de entre las partes breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de mercaderes, sin dar lugar a dilaciones, libelos ni escritos de Abogados, como y por las razones que se previene y manda por dichos privilegios y ley Real, ni guardar la forma y orden del Derecho; se ordena, que siempre que qualquiera persona pareciere en dicho Consulado á intentar qualquiera accion, no se le admitan ni puedan admitir demandas ni peticiones algunas por escrito, sin que ante todas cosas el Prior y Cónsules hagan parecer ante sí á las partes, si buenamente pudieren ser habidas; y oyéndolas verbalmente sus acciones y excepciones, procurarán atajar entre ellos el pleyto y diferencia que tuvieren con la mayor brevedad; y no lo pudiendo conseguir, les admitan sus peticiones por escrito, con que no sean dispuestas, ordenadas, ni firmadas de Abogados. Y procurando en quanto a esto evitar malicias, si se presumiere que la demanda, respuesta, ó otra peticion y libelo fuere dispuesta de Abogado, no la admitirán hasta que baxo de juramento declare la parte, no haberla hecho ni dispuesto Abogado. Y habiéndose de dar lugar al pleyto, por no haberse podido componer ni ajustar verbalmente, se proveerá á la demanda ó peticion del actor primero que a otra alguna del reo*”. En el n. 7 de la misma disposición se dice que “*no se haya de tener ni se tenga consideracion á nulidad de lo actuado, ineptitud de demanda, respuesta, ni otra qualquiera formalidad ni orden de Derecho; pues en qualquiera estado que se sepa la verdad, se ha de poder determinar y sentenciar, y para ello tomar de oficio los testigos que convengan, y los juramentos de las partes que les parezcan á los Jueces, de manera que mejor se averigüe la verdad, y puedan pasar á dar su determinacion y sentencia*”. Como puede apreciarse, el prejuicio contra la intervención de los abogados resulta muy marcada.

b) Juicios de indios<sup>268</sup>. Diversas normas, relativas a los indios, insistieron en que se aplicase a sus diferencias judiciales un procedimiento abreviado “*verdad sabida buena fe guardada*”. El norte a seguir en estas materias se hallaba en la célebre norma de Rec. Ind. 2, 15, 83, que mandaba a las Audiencias que “*no dén lugar que en los pleytos entre Indios, ó con ellos se hagan procesos ordinarios, ni haya dilaciones, como suele acontecer, por la malicia de algunos Abogados, y Procuradores, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustos, y que tengan las Audiencias cuidado, que así se guarde por los otros Jueces inferiores*”. Tal norma concuerda casi al pie de la letra con las ordenan-

<sup>267</sup> En Chile, desde la creación del Tribunal del Consulado en 1795, siendo reemplazadas por el *Código de Comercio* de 23 de noviembre de 1866, obra del jurista José Gabriel Ocampo.

<sup>268</sup> De indispensable consulta es M. A. GONZÁLEZ DE SAN SEGUNDO, *La ordenación de los pleitos de indios desde los comienzos del periodo hispánico hasta la Recopilación de 1680*, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* 65 (1982), pp. 45 a 81.

zas 71 de las dadas para la Audiencia de Concepción y 80 de las de Santiago<sup>269</sup>. Insistía en lo mismo Rec. Ind. 5, 10, 10: “*Los pleytos entre Indios, ó con ellos, se han de seguir y substanciar sumariamente, según lo resuelto por la ley 83, tít. 15, Lib. II y determinar la verdad sabida, y si fueren muy graves ó sobre Cacicazgos, y se mandare por Auto de Audiencia, que se formen procesos ordinarios, hágase así... excusando dilaciones, vexaciones y prisiones largas, de forma que sean despachados con mucha brevedad*”<sup>270</sup>. Guarda relación con lo anterior un procedimiento verbal de 1752 por el que se solicitaba a Agustín Catillanca que entregase los documentos relativos al cacicazgo de Paún que pretendía Pascual Rahuipeuque; el resto del expediente es escrito<sup>271</sup>.

Las demandas de los indios solían tener un inicio verbal: en 1732 los indios de la encomienda de Putuquén, de Manuel Carvajal, reclamaban ante el coadjutor de naturales por maltrato recibido de parte del encomendero, quien no les daba sus raciones y los hacía trabajar excesivamente. Ante ello, el coadjutor inició demanda escrita<sup>272</sup>. Otro caso, de 1750, nos muestra la reclamación que ante el Protector Fiscal hizo Agustín Catillanca, marido de la cacica Nicolasa Ariante, del partido de Itata, por irrupción de extraños a las tierras de su pueblo. A consecuencia de ello, el Procurador inició una solicitud de amparo respecto del vecino Diego de Mendoza<sup>273</sup>. Rec. Ind. 2, 15, 84 disponía que en los referidos pleitos, no se enviasen receptores a los pueblos de indios, sino por caso de importancia y habiendo mucha conveniencia. En un proceso de 1715 sobre derecho al cacicazgo de San Cristóbal iniciado por Juan Calbugani, se ordena que la notificación al demandado, su hermano Alonso Calbugani, sea practicada por cualquier per-

---

<sup>269</sup> Las Ordenanzas para la primera Real Audiencia de Chile encargaban a ésta en su disposición 71: “*no dar lugar que en los pleitos entre yndios o con ellos, se hagan procesos ordinarios ny aya cargas, syno que sumariamente sean determinados guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente ynjustos; y los dichos nuestros oydores tengan cuidado que esto mismo se guarde por los jueces ynferiores*”. Dos días a la semana y los sábados, no habiendo pleitos de pobres, debían ser destinados a los pleitos de indios, según la ordenanza 77. A su vez, la 80 de las de la Audiencia de Santiago de 1609 señalaba: “*Mando que el dicho mi presidente y oidores tengan mucho cuidado de no dar lugar que en los pleitos entre yndios, o con ellos, se hagan procesos ordinarios, ni aya largas, sino que sumariamente sean determinados, guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente ynjustos. Y los dichos mis oydores tengan cuidado que esto mismo se guarde por los jueces ynferiores*”. La ordenanza 86 señalaba que dos días por semana y los sábados no habiendo pleitos de pobres, vieran los de indios con indios. La ordenanza 222 añadía: “*item, que en los pleitos de los yndios, si huviere alguno que necesariamente aya de aver llegado a estado que sea necesario que se vea por relator, lo qual se a de escussar quanto fuere posible, que los despachen brevemente y lleven muy moderados derechos que devieren*”. SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), pp. 268-269 y 290.

<sup>270</sup> Estudian diversos juicios de esta materia, para Chile, C. ALDUNATE DEL SOLAR, *El cacicazgo en el Reino de Chile: Siglo XVIII*, en *Boletín de la Academia Chilena de la Historia* 95 (Santiago, 1984), pp. 175 ss.; para Perú, A. GUEVARA GIL, *Los caciques y el “señorío natural” en los Andes coloniales (Perú, siglo XVI)*, en *XIII Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* [San Juan, 21 al 25 de mayo de 2000], *Estudios* (San Juan: Asamblea Legislativa de Puerto Rico, 2003), II, pp. 137-158.

<sup>271</sup> ANRACH., vol. 2921, p. 18a.

<sup>272</sup> ANRACH., vol. 2870, p. 7a.

<sup>273</sup> ANRACH., vol. 2458, p. 6a.

sonal española que lo encuentre el que deberá hacerle saber el contenido de la demanda<sup>274</sup>, en lo que se advierte el cumplimiento de la disposición legal citada. La ley 85, a su vez, señalaba que “*los pleytos y negocios de Indios sobre materias de poca importancia se despachen por los Virreyes y Audiencias por Decretos, y no por provisiones, porque sean relevados de daños y costas todo lo mas que fuere posible*”, lo que concuerda con Rec. Ind. 2, 10, 12 que disponía: “*Mandamos que en cualquier negocio de gobierno, en que sean interesados los Indios, solamente con los Decretos de Virreyes ó Presidente... se puedan volver, y lo previsto en ellos sea cumplido, como si fuera por provisiones*”. Dice al respecto Altamira: “Esas provisiones, en efecto, correspondían a un procedimiento ordinario, largo y complicado, mientras que el despacho por Decreto era rápido y sencillo, como se deseó que fuesen los procedimientos relativos a Indios”<sup>275</sup>.

Se insiste en lo de verdad sabida en *Rec. Ind.* 6, 5, 48 cuando, al referirse a la tasación de los tributos que debían pagar los indios a los encomenderos; para el caso en que se incoase juicio “*en el proceso, y execucion de lo susodicho se proceda solamente la verdad sabida*”. En lo mismo abunda Rec. Ind. 1, 7, 17 al ordenar que las iglesias, monasterios, preladados, prebendados, clérigos, curas y doctrineros que tuviesen mercedes, limosnas u otros derechos, que se pagaban de las cajas reales y de los frutos y demoras de que gozaban los encomenderos por merced real, no recurriesen con censuras respecto de los oficiales reales y encomenderos, sino que demandasen ante los virreyes, presidentes y gobernadores, que ejercían la jurisdicción real, “*los quales hagan justicia, sabida solamente la verdad, lo mas breve que se pueda, conociendo de todo ello simplemente y de plano*”, norma con clara reminiscencia de la *Saepe*. Poco más adelante, en Rec. Ind. 1, 7, 21, se encarga a las Audiencias que remediasen los agravios que hiciesen a los indios los obispos y visitadores, que hacían procesos contra los naturales “en casos que no tocan á la jurisdicción Eclesiástica y les llevan muchos derechos, con que los naturales son molestados”, advirtiéndose que en los que fuesen de jurisdicción eclesiástica “*no hiciesen procesos ordinarios, ni ellos ni sus Notarios les llevasen derechos excesivos, sino que sumariamente conociesen de ellos, y se hiciese justicia*”.

Eran corrientes en juicios de indios las sentencias orales, según consta en una de las recopiladas, que señala que los alcaldes ordinarios de las ciudades en que residían Audiencias Reales solían determinar “*muchos pleytos de palabra, así en lo tocante al servicio de Yanaconas, como en otros de Indios conforme á lo que está ordenado*”. En tales casos, al recurrir la parte agraviada a la Audiencia, debía hacerse comparecer al alcalde sentenciador para que diese razón de la que le había movido a fallar como lo había hecho, disponiéndose que la Audiencia “*no provea en ello de otra forma*”<sup>276</sup>. Motivaba esta norma la circunstancia de aprovecharse los litigantes descontentos de la oralidad para manifestar falsedades respecto de los falladores, induciendo así a la Audiencia a errar en sus sentencias.

En Alonso de la Peña Montenegro<sup>277</sup> hallamos abundante cita de autores—Juan

<sup>274</sup> ANRACH., vol. 2566, p. 9a., fs. 115-118.

<sup>275</sup> *Diccionario*, p. 336.

<sup>276</sup> Rec. Ind. 2, 15, 105.

<sup>277</sup> En los juicios de indios “*entre sí u otros con ellos, no se guarden los términos y órdenes del*

de Solórzano y Pereyra<sup>278</sup>, José de Acosta<sup>279</sup>, Alonso de Villadiego<sup>280</sup>— que estaban contestes en la utilidad del uso del juicio sumario en causas de indios. En igual criterio concordaba el Segundo Concilio Limense, que encargaba a los jueces que trataran a los aborígenes “*con amor paternal*”. Solórzano estimaba que si respecto de los rústicos era necesaria la brevedad en los pleitos, con mayor razón debía darse ella en los de los indios, para los cuales aun las causas de divorcio debían ventilarse de esta manera. Se basaba en las opiniones de Alonso de la Veracruz y Tomás Sánchez y en el referido Concilio Limenses Segundo, que disponía que los juicios de los indios, sobre todo los de los pobres, se concluyesen sumariamente, admitiéndose el procedimiento en forma sólo para las causas de entidad. Acotaba, además, que el Tercer Concilio preceptuaba que en las penas corporales usaran los jueces más el oficio de padres que el de jueces severos hasta que alcanzasen mayor capacidad de razón y la fe estuviese en ellos más arraigada<sup>281</sup>.

Sin embargo, en algunas partes de Indias, los naturales rápidamente descubrieron los resquicios que dejaba el procedimiento oral, lo que podían favorecer sus intereses. En 1550, el virrey de Nueva España Antonio de Mendoza advertía a su sucesor, Luis de Velasco, acerca de ciertas prácticas que los indios habían ido introduciendo, aprovechándose de que sus querellas fueran ventiladas sin forma de juicio y verbalmente: “*los indios tienen por costumbre, si en algunos negocios de los que traen no se determina a su voluntad, dejándolos olvidar y tornar sobre ellos con algún color, y como los más de los negocios se averiguan de plano y por sus pinturas, no queda razón más que la memoria del que despacha, y había gran confusión. Para remediar esto, yo proveí que se tuviese un libro en que se anotasen todas las averiguaciones, que está en poder del secretario, y cuando algunos de los indios vienen a pedir, se mira en el libro si está otra vez determinado, y si no se halla, y se ha de dar comisión, se pone la cláusula que dice que entienda en ello, si no está determinado por otro juez [...]*”<sup>282</sup>. Este párrafo es bastante indicador, por una parte de la viveza con que los

---

*derecho, sino que, sin hacer procesos ni dilaciones, sumariamente se terminen guardando los usos y costumbres de los indios, no siendo claramente injustos*”: A. de la PEÑA MONTENEGRO, *Itinerario para párrocos de indios*, trat. 1º., lib. 1, sec. 3ª, núm. 2 (Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, 1995), p. 350.

<sup>278</sup> PEÑA, ibídem: “*Haec indorum miseria, rusticitas et simplicitas operatur ut iudices in eorum causis, tam civilibus quam criminalibus, rigorem iuris observare non debeant, sed potius se benigne cum illis habere et poenas quoad fieri possit temperare*” (“La miseria, rudeza y simplicidad de estos indios hace que en sus causas, tanto civiles como en las criminales, no deban los jueces atenerse al rigor del derecho, sino más bien ser benignos con ellos y, en cuanto sea posible, atenuar las penas que hayan de imponerles”).

<sup>279</sup> Según ACOSTA, en PEÑA, ibídem: “*Ne tam si iudices quam parentes exhibeant, neque prorsus solita in caeteros severitate utantur*” (“Que deben comportarse más como padres que como jueces y no deben emplear con los indios la severidad que se acostumbra con los demás”).

<sup>280</sup> Véase más arriba.

<sup>281</sup> Lo resume J. M. DÍAZ COUSELO, *El ‘Ius Commune’ y los privilegios de los indígenas en la América Española*, en *Revista de Historia del Derecho* 29 (Buenos Aires, 2001), pp. 295-296.

<sup>282</sup> “Relación de Antonio de Mendoza a Luis de Velasco al término de su gobierno. Sin fecha, 1550 ó 1551, cit. por A. LIRA, *El indio como litigante en cincuenta años de Audiencia 1531-1580*, en *Memoria del X Congreso del Instituto Internacional de Historia del Derecho Indiano* (México, 1995), I, p. 771.

indígenas se adecuaron al sistema de litigación introducido por los españoles<sup>283</sup>, y, por otra, de las deficiencias que éste llevaba consigo.

Particular cuidado debía darse en estos juicios al juramento de los aborígenes, materia sobre la cual abundaban los autores. Por ejemplo, Alonso de la Peña Montenegro afirmaba, siguiendo las doctrinas del moralista jesuita Leonhard Lessius<sup>284</sup> “que es menester mucha cautela para hacer jurar a los indios en juicio y fuera de él: porque se presume de ellos que en los juramentos promisorios no los cumplirán, y en los asertorios no dirán verdad, por ser naturalmente inclinados a mentir; y cuando hay este riesgo no se ha de poner en la ocasión a esta gente ruda”<sup>285</sup>. Recordaba que el Concilio Limense había encargado a los jueces eclesiásticos que no obligasen a jurar a los indios, a menos que fueran primero instruidos y enseñados a lo que se exponían: “*Illud vero ante omnia teneant prae oculis, ut neophytos iura [p. 396] re non cogant, nisi in re prorsus gravi, et quae aliter definiri non possit: at tunc, prius, quantum sacrilegium admittant periurii serio doceant* [Tengan, también, gran cuidado en no obligar a jurar a estos indios tan nuevos en la fe, a no ser que se trate de asuntos cuya importancia sea claramente grande, y no se pueden resolver de otra manera; y, aun en este caso, antes de tomarles juramento, adviértanles seriamente del grave sacrilegio que cometen aquellos que perjuran]”. De la misma doctrina participaba Solórzano, a quien cita: “*doctores hoc passim monent iuiusrandum eis deferre non debere quos timor est facile periuratos* [“claramente enseñan los doctores que no se debe obligar a jurar a aquellos de quienes se puede temer que cometerán con facilidad perjurio”]<sup>286</sup>. Concluía Peña que “*esta doctrina es tan cierta que aun el juez que tiene derecho para obligarlos a jurar en casos necesarios, debe antes de recibir el juramento instruirlos y enseñarles la verdad que se requiere, y cuán grave pecado es el juramento falso. Porque como es gente fácil y no alcanzan ni enteramente conocer la gravedad de la culpa, prudentemente se puede temer la falsedad en perjuicio de sus conciencias, y muchas veces en daño de terceros, que todo lo advierte el Concilio Limense encargando a los jueces eclesiásticos que no obliguen a jurar a los indios, si por algún camino lo puede excusar*”<sup>287</sup>.

c) Juicios prácticos. Se daba el nombre de juicios prácticos a los relativos a “deslindes, localidades, direcciones, giros de agua, internaciones, pertenencias de minas y demás materias que esencialmente exijan conocimientos locales y examen del objeto disputado”<sup>288</sup>. Tal conceptualización, recogida en el *Reglamento*

<sup>283</sup> Para el Perú, hay interesantes aportaciones del iushistoriador Renzo Honores González.

<sup>284</sup> L. Lessius, *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus* (París, 1606).

<sup>285</sup> PEÑA MONTENEGRO, cit. (n. 277), trat. 1º, lib. 2º, sec. 5ª, núm.s 1 y 2, pp. 395-396: “1. En ley de cristiandad todos están obligados a evitar el daño espiritual o temporal del prójimo, cuando sin incomodidad propia se puede hacer”. Cita al efecto a Lesio que explica que no se puede hacer jurar a un clérigo de que va a dejar a su concubina, pues sería ponerlo en ocasión de perjurar. Se apoya, además, en Ricardo, Turrecremata, Soto, Vázquez y fray Basilio Ponce que decía “*qui scit vel opinatur alium peccaturum et tamen exigit ab eo iuramentum, graviter peccat*” (“el que cree o sabe que otro va a pecar, y sin embargo exige de él juramento, peca gravemente”).

<sup>286</sup> *Ibidem*.

<sup>287</sup> *Ibidem*.

<sup>288</sup> *Reglamento de Administración de Justicia* de 2 de junio de 1824], en I. ZENTENO, *El Boletín de las Leyes reducido a las disposiciones vijentes i de interes jeneral* (Santiago: Imprenta Nacional, 1841), pp. 242 ss.

de *Administración e Justicia* elaborado por Mariano Egaña en 1824, obedecía al imperante criterio indiano, en que estos juicios tenían una clara impronta verbal. De ellos, he escogido varios casos que dejan en evidencia esta característica.

He aquí algunos casos: se suscitó un juicio de aguas en 1729 por el marqués de Cañada Hermosa de San Bartolomé ante el gobernador, reclamando por la sentencia verbal expedida por Alonso de Araya, alcalde ordinario de San Martín de la Concha (Quillota), a solicitud del Procurador del Cabildo de esa villa, en orden a que se abriese una acequia para proveer de agua a la ciudad “*por debajo de la que de tiempo inmemorial he poseído por mí y mis actores, despojándome de la toma de dicha acequia*”<sup>289</sup>. En otro expediente, seguido en 1753 entre el general Juan Luis Arcaya y Martín de Larraín, hay constancia de un juicio verbal sobre aguas. Este había tenido lugar ante el teniente de corregidor de Colina, Ignacio Cebberos, el que, a petición de Larraín –continuador en los derechos de Manuela Jofré, que le había vendido su predio–, dispuso que un arrendatario del general Arcaya se abstuviera de sacar ciertas aguas a las que tendría derecho Larraín en la calidad antes señalada, bajo pena de una multa de cincuenta pesos. Frente a esta situación, Arcaya recurrió al gobernador para que ordenase se presentasen por la antecesora de Larraín, Manuela Jofré, los autos de un juicio seguido en 1745 entre Arcaya y la referida Jofré, en que ésta había sido vencida. Lo interesante aquí, para nuestros efectos, no es el proceso escrito seguido en la gobernación sino la referencia al verbal ante el juez Cebberos<sup>290</sup>. Otra referencia a juicio verbal sobre acequias se encuentra en el juicio seguido en 1759 entre Ignacio Cebberos y el teniente de corregidor Agustín de Vargas donde se hace alusión a que éste, prevaliéndose de su condición de justicia, había dado órdenes que perjudicaban el riego de Cebberos y favorecían el suyo propio, en circunstancias que debía de haberse ventilado el asunto ante el juez de aguas Miguel Serrano<sup>291</sup>.

Es, asimismo, ilustrativo, un juicio de aguas seguido en 1760, entre el maestre de campo Félix Sepúlveda y Teresa de Rojas, a raíz de que ésta había vendido a aquél la mitad de su predio por el cual corría una acequia, y se había quedado sin agua. Insatisfecha con tal situación, inició juicio al respecto ante el gobernador sin hacer presente que ya había existido querrela sobre el punto. Sepúlveda adujo que la señora Rojas se había presentado con anterioridad ante el juez de aguas de San Agustín de Talca pidiendo “*le dejase abrir un conducto y cauce en mis tierras para efecto de llevar agua para su casa y dicho Alcalde sin mi citacion y emplazamiento así lo mandó seguir*” (fs. 451). Se ve, pues, que tanto el pedimento como la autorización habían sido verbales. Ante ello, Sepúlveda acudió al corregidor para que ordenase al alcalde referido que se abstuviese del conocimiento de la causa ya que con anterioridad la demandante había reclamado ante aquél por el mismo asunto por lo que se encontraba radicado en su tribunal. El corregidor, que había prevenido en el conocimiento, hizo vista de ojos y sentenció a favor de Sepúlveda. No obstante esto, la señora Rojas se había dirigido al gobernador con una nueva petición semejante a las anteriores. Dados los antecedentes, se pidió

<sup>289</sup> ANCG., vol. 8, p. 7.

<sup>290</sup> ANCG., vol. 15, p. 31.

<sup>291</sup> ANCG., vol. 66, p. 21.

informe al Corregidor quien dio cuenta a la máxima autoridad del reino de que había ordenado que los litigantes volvieran las cosas al estado original “*con lo que quedaron las partes concordadas, hasta el presente, que nuevamente han vuelto a suscitar judicialmente el mismo juicio, que en aquel entonces fue verbal [...]*”. Conocedor de estas circunstancias, el gobernador falló a favor de Sepúlveda y condenó en costas a la reclamante<sup>292</sup>.

Es dable observar que, por regla general, esta clase de juicios tenía lugar ante autoridades de escasa relevancia, quienes, cual Sancho Panza en la Insula Barataria, procuraban imponer la paz entre los lugareños. Si los términos de la solución resultaban satisfactorios, no volvía a mentarse la existencia del juicio oral, el que sólo salía a relucir cuando un nuevo conflicto se planteaba, como queda de manifiesto en los expedientes reseñados.

Las denuncias de obra nueva admitían un juicio verbal, según lo asienta en sus apuntes el estudiante de la Academia de Leyes y Práctica Forense, Gregorio Vicente de Santa María<sup>293</sup>, haciendo mención de las opiniones de Sigismondo Scaccia (1564-1643)<sup>294</sup> y Domenico Tusco (1535-1620)<sup>295</sup>. La reclamación se practicaba respecto del dueño de la obra o del que estuviese a cargo de los trabajadores, pudiendo hacerse de tres maneras: de palabra, solicitando al dueño o encargado que deshiciese la obra hecha contra derecho y que no perseverase en ella; “*tomando alguna piedra en la mano, y echándola en aquella obra, diciendo lo mismo que en la antecedente*”<sup>296</sup> y acudiendo al juez para que éste, por sí mismo o un representante suyo, se presentase en la obra para ordenar su paralización hasta que se dictase sentencia al respecto<sup>297</sup>. Según Sala, “*de los tres referidos modos de denunciar, son mas útiles al denunciante los dos últimos que el primero, porque pierde la posesión por este, y la conserva por los otros*”<sup>298</sup>. El denunciante debía prestar juramento de no actuar maliciosamente y si se negaba a ello, el juez ordenaba que continuase la obra discutida<sup>299</sup>. Para la denuncia de obra ruinosa, se utilizaba el mismo procedimiento<sup>300</sup>.

Entre las prácticas judiciales no contenciosas, que eventualmente podían llegar a serlo, se encontraban las tomas de posesión de tierras, que normalmente se iniciaban por petición verbal. Aunque de ellas se dejaba constancia escrita, no

<sup>292</sup> ANCG., vol. 21, fs. 451 a 484.

<sup>293</sup> Archivo Nacional de Chile, Fondo Antiguo, en adelante ANFA vol. 73, fs. 72.

<sup>294</sup> S. SCACCIA, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium, et haereticarum; in quo, quid circa praedictarum causarum iudicia de iure communi; quid secundum doctorum sententias: et quid de generali consuetudine, et praxi, praesertim Curiae Romanae, totiusque Status Ecclesiastici, Regni Neapolitani, et Ducatus Mediolani dispositum, et receptum sit, enarratur. Liber primus et secundus*, lib. 1, cap. 30, núm. 25. También fue autor de un *Tractatus de appellationibus* (Francofurti, 1615).

<sup>295</sup> Conclusión núm. 123, letra N en Dominici TUSCHI cardinalis, *Practicarum conclusionum* (Francofurti, 1623), VII.

<sup>296</sup> SALA, cit. (n. 39), lib. 3, tít. 12, núm. 5.

<sup>297</sup> Partidas 3, 32, 1.

<sup>298</sup> Véase la n. 291.

<sup>299</sup> Partidas 3, 32, 9.

<sup>300</sup> SALA, cit. (n. 39), II, lib. 3, tít. 12, núm. 11.

sólo las acciones realizadas por el que tomaba posesión eran importantes, sino que también sus dichos, como aquéllos por los que echaba del terreno a los comparecientes. Los ejemplos son numerosos. Por vía de ejemplo, consigno dos. El primero, se desarrolló en 1567, en que tras pedirse verbalmente a la justicia que dispusiese la toma de posesión de ciertas tierras, se comisionó al escribano público, Alonso del Castillo, para que lo hiciera. Este, dirigiéndose al beneficiado, *“le tomó por la mano y paseó por ella y la dio la dicha posesión actual corporal vel cuasi y el dicho Juan Pérez Gabilán en señal de posesión y adquisición de su derecho se pasó por la dicha chacara y dio ciertos arcabuzazos y le pidió por testimonio cómo quieta y pacíficamente tomaba e tomó la dicha posesión y el dicho señor alcalde se la mandó dar”*<sup>301</sup>. La otra, reza como sigue: *“En las tierras y estancia de Colomo, que son entre el río del valle de Quillota y entre el estero que viene por la estancia de Quillota de Antonio González, términos y jurisdicción de la ciudad de Santiago, a 26 días del mes de julio de 1578, ante el muy magnífico señor Amador de Silva, juez de comisión y ante mí, Antonio Núñez Escribano nombrado para la dicha causa, pareció Diego Hernández Corral, y dijo que él tiene por títulos y merced que en él hizo el muy ilustre señor Rodrigo de Quiroga, Caballero de la Orden de Santiago y Gobernador capitán general deste reino, un pedazo de tierra para estancias de su ganado, según por el dicho título de que hizo presentación ante el dicho señor juez de comisión, por ante mí el Escribano parecía que él quería tomar la posesión judicial de las dichas tierras, según y como se le había fecho la dicha merced, que pedía a su merced le dé la dicha posesión judicial, actual, vel casi de la dicha tierra y se las amojone, según por Su Señoría del dicho señor Gobernador lo manda la dicha merced y título siendo testigos el padre fray Antonio de San Miguel, Juan de Coria Bohórquez y Domingo Rodríguez Y en cumplimiento della, estando en las dichas tierras tomó por la mano al dicho Diego Hernández Corral y le metió en la posesión de las dichas tierras corporal, judicial, vel cuasi, según en el caso de requiere, y el dicho Diego Hernández y lo tomó de la mano del dicho señor juez, y en señal del señorío y posesión de las dichas tierras arrancó yerbas y echó piedras con su mano y cavó con un azadón que traía y mandó a todos los que presente estaban se saliesen de las dichas tierras, y metió su ganado de oveja que en ella tenía para que se apacentasen, y de cómo tomaba y tomó posesión judicial, actual, vel cuasi de las dichas tierras, según le es dada, quieta y pacíficamente, sin contradicción de persona alguna que presente hubiere a lo contradecir, me lo pidió por testimonio, etc.”*<sup>302</sup>.

d) Juicios de minas. Aunque, técnicamente, forman parte del rubro anterior, la trascendencia que ellos tuvieron en el reino de Chile da mérito para tratarlos separadamente. Es fácilmente apreciable que, dada la importancia que la minería tuvo para la economía indiana, se requería de un sistema procesal ágil que permitiese la resolución expedita de los conflictos que pudieran suscitarse. Los juicios entre mineros podían afectar su productividad si se los retenía lejos de sus actividades. Bien decidor es el párrafo de *Rec. Ind.* 4, 20, 6, que impuso a las

<sup>301</sup> *Mensura General de Tierras de Ginés de Lillo 1602-1605* (Introducción de Ernesto Greve, Santiago, Imprenta Universo, 1941), I, p. LIII.

<sup>302</sup> *Ibidem*, II, pp. 169-170.

Audiencias “que con mucha brevedad despachen y hagan despachar las causas, pleitos y negocios de los mineros y azogueros que en ellas pendieren, porque no se distraigan con pleitos, ni hagan largas ausencias, con daño y perjuicio del avío de sus minas y haciendas”. Similar norma, tocante a los alcaldes de minas y corregidores, contemplaron las Ordenanzas del Perú tít. 19, ord. 1<sup>a</sup>, a quienes se encargaba que administraran justicia breve y sumariamente. “*Como la mayor parte de los pleitos dicen relación con las medidas de las minas, se dispone que los jueces asistan personalmente, acompañados de tres testigos, a las medidas de minas en los pleitos que se ofrecieren, poniendo antes de la decisión de ellos, lo que se hizo en la verificación, la razón que les movió a juzgar y las ordenanzas en que se fundaron*”<sup>303</sup>.

La normativa de mayor interés al respecto fue la aportada por las *Ordenanzas de Minería de Nueva España*<sup>304</sup>. Creadas para aquel virreinato por la versación jurídica de Lucas de Lessaga y Juan de Velázquez Cárdenas Ponce de León, el fomento que significó para la minería mexicana motivó a la corona a dictar una real orden, el 8 de diciembre de 1785, disponiendo su aplicación en Perú y Chile. Correspondió ponerla en práctica al visitador del virreinato —que lo era a la sazón Jorge de Escobedo, reemplazante del visitador primitivo, José Antonio de Areche, en 1782— y en el caso de Chile, al visitador subdelegado, Tomás Álvarez de Acevedo. Un oficio de Escobedo a este último encomiaba las nuevas disposiciones que en lo judicial, permitirían el conocimiento de los pleitos por los propios mineros<sup>305</sup>.

Así como Escobedo había dictado unas disposiciones adaptantes de la normativa novohispana a la realidad peruana, lo propio debía hacer Acevedo para Chile. En cumplimiento de este cometido emitió cincuenta disposiciones para adecuar las Ordenanzas a la decaída situación en que se encontraba la minería en este reino<sup>306</sup>. En lo que atañe a la justicia minera, en vez del complicado Real Tribunal contemplado para Nueva España, estableció un órgano mucho más simple al que llamó Real Administración del Importante Cuerpo de la Minería del Reino de Chile, que tenía muy poca personalidad<sup>307</sup> y se encontraba sometido casi totalmente a la Superintendencia General de Real Hacienda. Poseía competencia jurisdiccional dentro de un radio similar al que tenía el Real Tribunal mexicano,

<sup>303</sup> Ordenanzas del Perú tít. 9, ord. 5. Véase G. ROCHEFORT ERNST, *Esquema del Derecho de Minas en Chile Colonial* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950), p. 352.

<sup>304</sup> De indispensable consulta es la edición del Proyecto de *Ordenanzas*, las notas de Joaquín Velázquez de León y las Ordenanzas definitivas en M. del R. GONZÁLEZ, *Ordenanzas de la Minería de la Nueva España formadas y propuestas por su Real Tribunal. Estudio y edición de [...]* (México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1996), 477 p.

<sup>305</sup> A. DOUGNAC RODRÍGUEZ, *La Real Administración del Importante Cuerpo de Minería de Chile (1787-1802)*, *RChHD*. 8 (Santiago, 1981), p. 112.

<sup>306</sup> Estas declaraciones no se encuentran publicadas en *Reales Ordenanzas para la dirección, régimen y gobierno del Importante Cuerpo de la Minería de Nueva-España y de su Tribunal Jeneral de orden de Su Majestad Imprenta en Madrid año de 1733 Reimpresa en Santiago de Chile* (Santiago, Imprenta de la Opinión, por R. Rengifo, 1833), que, curiosamente, sólo trae las adaptaciones al Perú, encontrándose sí en I. ZENTENO, *El Boletín de las Leyes reducido a las disposiciones vijentes i de interés jeneral* (Santiago, Imprenta Nacional, 1861), pp. 432 y ss.

<sup>307</sup> Juan Egaña decía en 1805 que había sido “*un nombre sin objeto*”, *ANTM.*, vol. 10.

pero sólo se haría efectiva tras la visita general de los minerales del reino<sup>308</sup>; fuera de ese radio, administraban justicia los diputados territoriales, quienes tendrían un ámbito que se determinaría asimismo tras la visita general.

Las materias en que el Tribunal tenía jurisdicción eran aquéllas “*en que se tratase y fuere la cuestion sobre descubrimientos, denuncios, pertenencias, medidas, desagües, deserciones y despilaramientos de minas, y todo lo que se hiciere en ellas en perjuicio de su laborío, y contraviniendo á estas Ordenanzas, y tambien lo relativo á avtos de minas, rescates de metales en piedras, ó de plata y oro, cobre, plomo y otras sustancias minerales, maquilas y demas cosas de esta naturaleza*”, todo lo cual le correspondía siempre que tuviese lugar en el radio de veinticinco leguas alrededor de la ciudad en que estaba asentado el Real Tribunal<sup>309</sup>.

Estaban vedadas en esta clase de juicios demandas por escrito, sin que antes se hiciese comparecer a las partes para que expusieran verbalmente sus acciones y excepciones. Incumbía al tribunal intentar el avenimiento de los litigantes<sup>310</sup>. En caso de que éste no se produjese y la cuantía del juicio excediese de doscientos pesos, se les admitirían sus peticiones por escrito “*con tal que no sean dispuestas, ordenadas ni firmadas de abogados*”, debiendo procederse en todo “*breve y sumariamente, la verdad sabida y la buena fe guardada por estilo de comercio [...]*”. Es de notar la importancia que se da al procedimiento verbal, que se extiende a una suma diez veces mayor que aquélla por que procedía en los juicios civiles, como se ha visto más arriba. Particular énfasis se ponía en extraer este tipo de juicios de las argucias abogadiles, pues se conminaba a los jueces a no “*dar lugar á dilaciones, libelos ni escritos de abogados*”. Los litigios de cuantía inferior a esa suma eran necesariamente verbales<sup>311</sup>.

Para la obtención de rapidez en el conocimiento de los pleitos, los jueces, así en primera como en segunda instancia, debían abstenerse de tomar en consideración los defectos en la actuación tales como “*algunas formalidades escrupulosas del derecho, ineptitud u otras, pues en cualquiera estado que se sepa la verdad, se ha de poder determinar y sentenciar*”, en lo que se advierte una nueva aplicación de los principios de la remota *Saepe contingit*. Estaban facultados para examinar de oficio los testigos que estimasen pertinentes, siempre que no excedieran de diez

<sup>308</sup> DOUGNAC, cit. (n. 305), p. 115. Respecto de la visita aludida, puede verse *Noticias de las principales minas conocidas en el reino de Chile, sacadas de la visita general que se hizo de ella el año de 1788*, en *RChHG*. 111, p. 274 ss.

<sup>309</sup> Archivo Nacional de Chile, Contaduría Mayor, en adelante ANCM., 1ª. Serie, vol. 1194, parte 1ª., fs. 3-3 v.

<sup>310</sup> En unas instrucciones elaboradas por el Real Tribunal a 20 de diciembre de 1806 se instaba a los delegados a que, antes de proceder a substanciaciones escritas, llamasen a las partes a “conferencia verbal” para tratar de que llegasen a transacción: Archivo Nacional, Archivo del Real Tribunal de Minería vol. 10, p. 7ª.

<sup>311</sup> Queda ello expresamente señalado en decreto de 20 de septiembre de 1802, donde se ordena que los minerales de Maipo, Tiltil, Aconcagua, Petorca, Quillota, Melipilla, Rancagua y San Fernando, dependientes del Real Tribunal de Minería, tengan Delegados de duración bienal, que conocerían oralmente de pleitos de hasta doscientos pesos: Archivo Nacional, Archivo del Real Tribunal de Minería, en adelante, ANTM., vol. 9, p. 15ª.

“y tomar los juramentos de las partes que les parezcan para que mejor se averigüe la verdad”<sup>312</sup>.

Igualmente tenían competencia criminal respecto de “hurto de metales en piedra, plata ú oro, plomo, herramientas y demás cosas pertenecientes á las minas y beneficio de sus metales: de los delitos cometidos en las mismas minas ó haciendas de beneficio, así de un operario contra otro, como por falta de subordinación de éstos á los sirvientes que los mandan, ó de unos y otros á sus amos y dueños de las minas; y últimamente en las causas de agravio, injuria ó falta de respeto que se hiciere á dichos Juzgados de minas”. Tal conocimiento debía ser sumario en las causas “de menos consecuencia y gravedad”, en que el tribunal conocería “brevemente, conforme á derecho, á la naturaleza de estos juicios, y á la verdad sabida y buena fe guardada según el órden que va establecido en las causas civiles”. En los casos graves, que mereciesen pena ordinaria de mutilación de miembro u otra *corporis afflictiva*, sólo correspondía una competencia limitada para aprehensión de los inculpados, formación de sumario y remisión a los jueces reales, quienes, a su vez, debían dar cuenta en su momento a la Audiencia del distrito para su determinación final<sup>313</sup>.

Una real orden de 12 de febrero de 1797 insistió en que se diera cumplimiento a otra de 5 de febrero de 1793, conforme la cual los diputados territoriales debían conocer de las causas civiles y criminales en unión a los intendentes<sup>314</sup>. Es claro que la disposición debía entenderse referida a los subdelegados e implicaba un cercenamiento a las facultades de los diputados territoriales. En la práctica, sin embargo, los cargos de diputado territorial y subdelegado fueron habitualmente servidos por una misma persona. El Tribunal de alzada quedó integrado por el Superintendente de Real Hacienda y dos mineros de su elección, aunque, en la práctica, sólo actuó el Superintendente con un minero<sup>315</sup>. El marqués de Avilés, gobernador del reino, decretó el 14 de septiembre de 1798 que se erigiese el gremio en tribunal formal con literal cumplimiento de las normas novohispanas, lo que efectivamente se puso en práctica en 1802 bajo el gobierno de Luis Muñoz de Guzmán.

Una vez establecido el Real Tribunal con sujeción a las Ordenanzas, se vio la necesidad de extender el radio jurisdiccional de aquél, ya que en la región de Santiago había muy pocos asentamientos mineros, y, por lo mismo, se quedaría el tribunal sin ejercer jurisdicción. Fue, en consecuencia, ampliado su territorio a cuarenta leguas. Los litigantes tenían que presentarse primero, verbalmente, ante los delegados del Tribunal quien remitiría, luego, los antecedentes a éste. Así lo acordó el tribunal en septiembre de 1802, lo que fue aprobado por el gobernador<sup>316</sup>.

De los muchos expedientes judiciales mineros que he revisado, sólo he encontrado uno en que conste con plena claridad su inicio verbal. Se trata del juicio

<sup>312</sup> OMNE., tít. 3, ord. 6. El origen remoto de esta disposición se encuentra en el *Ordenamiento de Alcalá* que pasó a ser Rec. Cast. 4, 17, 10.

<sup>313</sup> OMNE., tít. 3, ord. 29.

<sup>314</sup> ANCG., vol. 746, fs. 39.

<sup>315</sup> Manuscritos Medina, vol. 214, fs. 226.

<sup>316</sup> ANCM., 1ª serie, vol. 1194, p. 1ª, fs. 115.

incoado en 1812 ante el diputado territorial de Vallenar por José Antonio de Sapiayn, quien actuaba por su hermano Miguel, en contra de Bernardo Ossandón sobre despojo de una mina de plata sita en el partido de Huasco<sup>317</sup>.

Siendo el Tribunal de Minería de carácter colegiado, cabía la relación verbal de las causas, la que competía a los escribanos que habían intervenido en ellas: “*cuando los pleitos esten conclusos y en estado de determinar, ó en el que á los jueces de dicho real Tribunal ó diputaciones territoriales les parezca, se llevarán á su juzgado por los escribanos ante quienes pasaren, y harán relacion de ellos en la forma acostumbrada, y con la brevedad posible, y que tanto se desea y conviene á los mineros*”<sup>318</sup>. Aunque no lo dicen expresamente las Ordenanzas, cabía también relación verbal ante el Juzgado de Alzadas, para lo que se insistía en que “*se procederá breve y sumariamente por estilo de comercio... la verdad sabida y la buena fe guardada como entre negocios de comerciantes*”, sin que fuesen admitidos nuevos términos para dilatorias o probanzas ni escritos de abogados, bastando con la expresión de agravios del apelante y la contestación del apelado<sup>319</sup>.

e) Juicios ante alcaldes de cuartel y de barrio<sup>320</sup>. El pensamiento ilustrado penetró, entre tantos aspectos, la organización de las ciudades. Se observa en Chile, durante el siglo XVIII, un sensible deterioro en las atribuciones de los cabildos, muchas de las que, en aras de un mejor servicio a la república, fueron absorbidas por otras autoridades, como los alcaldes de cuartel y de barrio<sup>321</sup>. En lo relativo a Santiago, un auto acordado de 1778 dividió la ciudad en cuatro cuarteles, entregado cada uno de ellos a un oidor que, en calidad de alcalde de cuartel, debía residir en él. Cada cuartel se dividió, a su vez, en barrios, a cuyo frente se encontraba un alcalde de barrio, designado de entre las personas más connotadas que ahí vivieran. Para el funcionamiento de estos últimos, se dictó, el 31 de agosto de 1789, una *Instrucción de alcaldes de barrio*, obra de los oidores José de Rezábal y Ugarte y José de Gorbea. Según ella, en materia judicial los alcaldes de barrio excusarían formar procesos dando sus providencias verbales “*en casos pronto y repentinos que fueren de poco monto*”. Si el hecho fuese grave, no habiendo peligro en la demora, suspenderían proveer sobre él y darían cuenta al alcalde de cuartel, debiendo llevar un “*libro de fechos*” donde se relacionarían los sucesos ocurridos y las providencias tomadas por sí o con aprobación de aquel alcalde (artículo 20). Para las tareas judiciales tendrían los alcaldes de cuartel y de barrio un escribano, un receptor y un ayudante o alguacil

Entre las disposiciones no recopiladas a la época de Pérez y López, se encuentra la real cédula de 6 de octubre de 1768 según la cual, “*los juicios que no pasen de 500 reales, sean verbales en Madrid; y en las causas de policía y criminales pueden*

<sup>317</sup> ANTM., vol. 15, fs. 292.

<sup>318</sup> OMNE., tít. 3, ord. 11.

<sup>319</sup> OMNE., tít. 3, ord. 14.

<sup>320</sup> L. E. MONTANÉ ARTEAGA, *Derecho de Policía. Los alcaldes de barrio (1778-1833)* (Memoria de prueba para optar al grado de licenciado en Derecho ms., Santiago, 1984).

<sup>321</sup> Fenómeno que afectó a muchas partes del imperio, comenzando por Madrid y extendiéndose a muchos lugares como Guatemala, Lima, México, Buenos Aires, Salta, Córdoba del Tucumán.

*proceder los Alcaldes de Corte, el Corregidor y Tenientes contra cualquier persona, quedando anulados todos los fueros privilegiados de seculares, á excepcion de los delitos que cometiesen los exentos en sus oficios*<sup>322</sup>.

f) Juicios de familia. Consecuencia de la Real Pragmática de Carlos III, dada en Madrid a 23 de marzo de 1776<sup>323</sup>, fue su aplicación en Indias por real cédula de 7 de abril de 1778<sup>324</sup>. En cumplimiento de lo preceptuado por esta última, la Real Audiencia de Santiago expidió un reglamento de dieciséis artículos, que adaptaban la normativa castellana a la realidad chilena. El hijo, cuyo padre u otro encargado de prestar el asentimiento para la celebración de esponsales o matrimonio hubiese negado el asenso, estaba facultado para impetrar de los tribunales ordinarios se declarase la irracionalidad del mismo. Si bien, por regla general, el brevísimo procedimiento establecido –normalmente sólo podría durar ocho días– era escrito, podía iniciarse con una protesta verbal cuya *“substancia pondrá por escrito”*<sup>325</sup>. El numeral 10 de la Pragmática autorizaba un proceso verbal: *“aunque se oiga á las partes en él por escrito ó verbalmente, será siempre a puerta cerrada”* con el objeto de que no se difamasen las familias.

Muestra la práctica chilena que, fuera de las situaciones contempladas por la pragmática de Carlos III, ciertos pleitos de familia, como los incoados para cumplimiento de palabra de matrimonio o para obtener la disolución de esponsales, se llevaban a cabo oralmente. Se invocaban por los interesados razones de economía<sup>326</sup>. En esta clase de juicios, la confesión judicial de la parte demandada estaba expresamente contemplada como prueba por el Sínodo de Santiago de 1763.<sup>327</sup> Otro medio admitido era la confesión extrajudicial prestada en muchos lugares y ante muchos testigos.

Los juicios de filiación estaban sometidos a un trato privilegiado en que *“el juez de aquel lugar, de su oficio deue saber llanamente et sin alongamiento, non guardando la forma del juyzio que deue ser guardado en los otros pleytos si es fijo de aquel por cuyo se razona, o non”*<sup>328</sup>. Esta norma, a menos que hubiese sido modificada por Alfonso XI, se adelantaría en cosa de medio siglo a la *Saepe contingit*. Igualmente daba pie en Chile para un procedimiento sumario, que podía ser verbal, el juicio de alimentos basado en la equidad del juez, y no en convención o testamento, en el que bastaba con acreditar el estado de necesidad del alimentario y las posibilidades económicas del alimentante, tras lo cual resolvía el tribunal<sup>329</sup>.

<sup>322</sup> PÉREZ Y LÓPEZ, cit. (n. 18), I, pp. 241-242. Mencionada en la nota I a Nov. Rec. 11, 3, 8 de M. MARTÍNEZ ALCUBILLA, *Códigos antiguos de España* (Madrid: Administración, 1885), II, p. 1797.

<sup>323</sup> Constituye Nov. Rec. 10, 2, 9.

<sup>324</sup> G. VIAL, *Aplicación en Chile de la Pragmática sobre matrimonio de los hijos de familia*, en *RChHD*. 6, p. 340.

<sup>325</sup> VIAL, cit. (n. 324), p. 349.

<sup>326</sup> Así lo dicen las partes, por ejemplo, en AAS., núm. 421 as. matr.

<sup>327</sup> *Sínodos Americanos*, II: *Sínodos de Santiago de Chile 1688 y 1763* (serie dirigida por A. García y García y H. Santiago Otero, Madrid-Salamanca, 1983), p. 168.

<sup>328</sup> Partidas 4, 19, 7.

<sup>329</sup> B. A. VILA, *Prontuario de los juicios. Su iniciación, tramitación e incidencias. Obra útil para abogados, bachilleres* [...] (Santiago, Imprenta del Progreso, 1844), p. 212.

En lo tocante a juicios de divorcio y nulidad de matrimonio, la aplicación de la *Saepe contingit* daba pie para que aspectos verbales, como audiencias de las partes involucradas, pudiesen contribuir a la rapidez de los procesos respectivos como lo muestra la práctica judicial chilena<sup>330</sup>.

g) Juicios militares. Residía en el capitán general competencia en única instancia para el conocimiento de ciertos delitos. Una real resolución, expedida a consulta del Consejo de Guerra a 18 de diciembre de 1796, encargó la referida competencia al capitán general. Se trataba de causas civiles de cuantía inferior a quinientos reales en España<sup>331</sup> y cien pesos en Indias y penales sobre faltas leves “sobre palabras y hechos livianos y demás puntos que por su naturaleza y circunstancias no merezcan otra pena que una ligera advertencia ó corrección económica”. Ambos tipos de asuntos debían evacuarse “precisamente en juicios verbales, de cuyas determinaciones no haya restitucion, recurso ni otro remedio”<sup>332</sup>. Esta disposición es concordante con Rec. Cast. 3, 9, 19 y 24 que devino Nov. Rec. 11, 3, 8.

Sin directa atinencia con Chile, pero incorporada a Rec. Ind. 3, 11, 6 que regía en este reino, se encuentra una norma sobre delitos cometidos por soldados, artilleros y marineros de las Flotas y Armadas en Cartagena y Veracruz. Estos solían saltar en tierra contra “los que llevan mantenimientos á aquellas Ciudades, y á los que asisten en las estancias” y resistían a las Justicias reales. Por ello, se encargó al gobernador de Cartagena o su teniente y al alcalde mayor de Vera Cruz, que conocieran de aquellos delitos “brevemente oídas las partes”. Los delitos cometidos entre los mismos soldados, artilleros y marineros serían de conocimiento de los generales de las Flotas y Armadas.

h) Juicios de esclavos<sup>333</sup>. Conforme Rec. Ind. 7, 5, 8, los negros o tenidos por esclavos podían reclamar su libertad ante la Real Audiencia, la que debía oírlos<sup>334</sup>. No se expresa en esa norma que la petición fuera verbal, pero dadas las condiciones de inferioridad económica y cultural que habitualmente les afectaban, es lo más probable que así se practicara. La muy conocida real cédula de Carlos IV,

<sup>330</sup> Cfr. mi *Esquema del Derecho de Familia Indiano* (Santiago, Instituto de Historia del Derecho Juan de Solórzano y Pereyra, 2003), pp. 155-206 y 213-225.

<sup>331</sup> Igual suma que la contemplada para que los alcaldes de cuartel de Madrid pudiesen resolver verbalmente como se ha visto más arriba.

<sup>332</sup> F. COLÓN DE LARRIÁTEGUI, *Juzgados Militares de España y sus Indias* (3ª ed., Madrid: Imprenta Real, 1817), II, p. 234; y TOLEDO SÁNCHEZ, *Esquema del Derecho Penal Militar Indiano y su Jurisprudencia Chilena* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1950), p. 121.

<sup>333</sup> Sobre la situación del negro en el reino de Chile, véase G. VIAL CORREA, *El africano en el reino de Chile. Ensayo histórico-jurídico* (Santiago, Universidad Católica de Chile, Instituto de Investigaciones Históricas, 1957), en que se hace causal de sus reclamaciones por malos tratamientos, acoso sexual, libertad, etc., *passim*. Visiones generales para la América Hispana son las de M. LUCENA, *La esclavitud en la América Española* (Warszawa, CESLA, 2002); R. MELLAFFÉ, *La esclavitud en Hispanoamérica* (Buenos Aires, Eudeba, 1964); H. KLEIN, *La esclavitud africana en América Latina y el Caribe* (Madrid, Alianza Editorial, 1968); E. NITOBURG, *Los africanos en el Nuevo Mundo* (Moscú, trad. Editorial Progreso, 1991), todas ellas con connotaciones económicas y sociales.

<sup>334</sup> “Ordenamos á nuestras Reales Audiencias, que si algún Negro ó Negra, ú otros qualesquiera tenidos por esclavos, proclamaren á la libertad, les oyan, y hagan justicia, y provean por esto no sean maltratados de sus amos”.

de 31 de mayo de 1789<sup>335</sup>, disponía diversos arbitrios para el caso de que “*los amos o mayordomos faltan en todo, o en parte a sus respectivas obligaciones*”, entre ellos la “*queja de los esclavos*” de la que no se expresa fuera verbal, pero cabría al respecto la misma argumentación precedente. Producía ello el efecto de que se designase un individuo del ayuntamiento u otra persona “*de arreglada conducta*” para que formase sumaria “*y entregándola a la misma justicia, sustancie y determine la causa conforme a derecho, oyendo al procurador síndico [...]*”. Por la misma disposición se creaba una acción pública para denuncia de cualquier incumplimiento de las normas protectoras que la real cédula había constituido<sup>336</sup>.

i) Juicios sumarísimos a los abogados. Tanto la Real Audiencia<sup>337</sup> como los jueces gozaban de competencia para imponer, sin forma de proceso, sanciones a los abogados que incumpliesen con sus obligaciones en los procesos seguidos ante ellos, como, por ejemplo, no extender recibo de los autos que les fuesen entregados por un procurador<sup>338</sup>, atravesarse, esto es, interrumpir al juez u otro colega durante las audiencias, y otras de este jaez<sup>339</sup>.

Algo similar aparece en las Ordenanzas para México de 1544: “*Iten porque soy informado que estando los dichos alcaldes e juezes en audiencia publica, algunas personas se desacatan contra ellos, y contra otras personas en su presencia, y por el poco caso que dello se haze podria dar atreuimiento a otros que hiziesen lo mismo, mando que cuando lo tal acaesciere los dichos juezes, luego manden prender y castigar conforme a derecho a las tales personas no permitiendo ni dando lugar que la justicia de su Magestad sea desacatada, lo cual hagan y cumnplan asi, so pena de ser abidos por negligentes o rremisos en sus oficios, e de dos mill mrs. aplicados como dicho es*”<sup>340</sup>.

## VII. CONCLUSIONES

A lo largo de los párrafos precedentes, han ido quedando desperdigadas, acá y acullá, diversas manifestaciones del uso de la palabra hablada, que permitieron al Derecho Indiano encarnar los principios más relevantes propuestos por la Procesalística moderna, antes de que éstos fueran explicitados. Todos esos principios han sido acuñados mediante extrapolación de las características que debería tener un juicio sano. Por lo mismo, en diversos actos procesales suelen concurrir varios

<sup>335</sup> Aceptada por la Junta de Estado el 27 de abril de 1789: M. LUCENA SALMORAL, *Los Códigos negros de la América Española* (Alcalá, Ediciones Alcalá, 1996), p. 105.

<sup>336</sup> Capítulo 13, en A. LEVAGGI, *La condición jurídica del esclavo en la época hispánica*, en *Revista de Historia del Derecho* 1 (Buenos Aires, 1973), pp. 166-167.

<sup>337</sup> Rec. Ind. 2, 30 7. En un juicio de 1784, seguido entre Pedro Fermín de Necochea y Francisco de los Olivos, se discutió si debía conocer de ciertas injurias proferidas en juicio el juez que tramitaba el asunto principal, por ser aquello de carácter accesorio, o si, conforme con la disposición citada, correspondía a la Real Audiencia. Esta se impuso en el conocimiento respectivo: ANRACH., vol. 1962, p. 10<sup>a</sup>.

<sup>338</sup> Ordenanza 228 de las de la Real Audiencia de Santiago (1774).

<sup>339</sup> J. GONZÁLEZ ECHENIQUE, *Los estudios jurídicos y la abogacía en el reino de Chile* (Santiago, Universidad Católica de Chile, Estudios de Historia del Derecho Chileno, 1954), p. 249-250.

<sup>340</sup> SÁNCHEZ-ARCILLA, cit. (n. 50), p. 120.

de ellos, cuyas miras no son otras, resumidamente, que el que las partes sean oídas por el juez y que tengan similares posibilidades de defensa, tanto frente a posibles abusos del juzgador como frente a las aseveraciones de la contraria. El tribunal, por su parte, tiene el derecho y la obligación de conducir el proceso en la forma más ágil y económica que se pueda, sin que se resientan los derechos de las partes a disponer del proceso en algunos casos y, sobre todo, a defenderse. En aras del bien de las partes y de la sociedad, por último, se encuentra la necesidad de dar publicidad a algunos de esos actos procesales. Veamos su presencia en el sistema procesal indiano:

a) Principio de contradicción. Es puesto en evidencia en diversos momentos procesales: con el emplazamiento por el que se llama al demandado o reo a defenderse frente a las pretensiones del actor, el que se ha visto que podía ser oral en variadas circunstancias como el juicio ordinario civil (por medio de alguaciles, porteros o aun la misma parte en algún caso, admitiéndose demandas y contestaciones orales), en el proceso penal (despreses y pregones), en el juicio ordinario sumario (en causas de menor cuantía), en los juicios mercantiles (donde tanto la demanda como la contestación eran necesariamente orales), en los juicios de indios (cuyo inicio solía ser verbal así como también las contestaciones), en los juicios prácticos como los de aguas y minas, en los ventilados ante alcaldes de cuartel y de barrio en el siglo XVIII, en los de familia y en ciertos juicios militares.

El mismo principio campeaba en el juramento decisorio de la litis y en las distintas pruebas que podían rendirse. En la testimonial, por ejemplo, se podía reclamar por las preguntas sugeridas en la minuta; la parte contraria podía presenciar, por lo menos, la práctica del juramento de los testigos de su adversario con lo que se suponía tendrían éstos respeto para no incurrir en falsedades; aunque la tacha de testigos se producía tras la publicación de probanzas, esto es, con posterioridad a la declaración, permitía a quien la hacía desvirtuar la idoneidad del testigo por causales legales o por la falta de poder de convicción cuando lo era de oídas, singular, oscuro o falso. La absolución de posiciones permitía al que la hacía poner a su contradictor en la necesidad de reconocer determinados hechos en su contra. La inobservancia de determinadas formalidades para la obtención de declaraciones testimoniales o confesionales de indios o de menores daba pie para la reclamación de nulidad. Tras la publicación de probanzas, cabía, en general, reclamación por violación de las normas de procedimiento.

Ha quedado de manifiesto en el curso de este trabajo la libertad con que contaban los abogados para ser atendidos –por lo menos teóricamente– por los jueces a los que podía presentar verbalmente sus alegaciones, sobre todo, de bien probado.

Dictada sentencia, en los diversos procedimientos se permitía la apelación verbal, en cuya cortesía se insistía así como en la del juez a recibirla. Las relaciones de apelaciones de artículos eran verbales. En cambio, las de sentencias definitivas, se hacían por escrito; pero obviamente se necesitaba de una discusión previa –verbal– para concertarlas. En todo caso, de ellas se hacía lectura oficial a la que se instaba a concurrir a los abogados, siempre renuentes, por lo que fueron numerosos los autos acordados tendentes a obtener su comparecencia. Por estilo de Chile, las relaciones penales fueron habitualmente orales hasta que las erradicó

el Fiscal Ambrosio Cerdán y Pontero. Los alegatos subsiguientes permitían a los letrados contradecir las argumentaciones de contrario.

b) Principio de igualdad procesal. Ambas partes podían, cuando ello estaba permitido, hacer uso del procedimiento verbal, lo que las dejaba en igualdad de condiciones. Particularmente clara resulta el funcionamiento de este principio en los procedimientos que admitían comparendos, como, por ejemplo, los mercantiles y de minas. Por otra parte, las posibilidades de hacer uso de los diversos medios de prueba y de los recursos eran parejas para los contrincantes.

c) Principio de intermediación. Se lo encuentra presente en todos los procedimientos en que el juez ha de estar presente. Recuérdense las normas de *Partidas* 3, 11, 22 que ordenaba al juez “*catar [...] que omnes son aquellos, que han contienda ó pleyto antél*”; la de los Reyes Católicos en el capítulo 37 de la *Ordenanza de Corregidores* que disponía que en los procesos criminales y en los civiles arduos la testimonial se tomase en presencia del juez, disposición que pasó a las Ordenanzas de la Audiencia de México de 1544 y a la *Recopilación de Leyes de Indias* 5, 10, 7. Igual predicamento debía de adoptarse con la toma de confesión, comparendos, careos y otros que han sido explicados más arriba.

d) Principio de dirección judicial. Constituye un verdadero *leit motiv* a la hora de la ordenación de los diversos procedimientos el que los jueces saliesen al paso de las nefastas prácticas de alargamiento de los pleitos. Ya se ha visto la sospecha que había respecto de los abogados atribuyéndoseles el embrollo de los asuntos aun más sencillos, lo que condujo, al comienzo de la ocupación de Indias, a limitar su presencia y, más tarde, a privarlos de intervenir en algunos juicios como los mercantiles y mineros por señalar dos casos. El juez debía garantizar a las partes un procedimiento expedito: sirva de ejemplo su intervención en cuanto a la conducencia de las preguntas en las pruebas testimonial y confesional.

e) Principio de publicidad. Su vertiente de comunicación del devenir del pleito a las partes permitía a éstas adecuar la estrategia de sus defensas a los diversos avatares que se produjesen. La de hacer conocidos los acontecimientos procesales a la comunidad, daba al cuerpo social una intervención que iba más allá de constituirlo en un impasible coro griego. Si recordamos el sentido de los pregones que se emitían con ocasión del cumplimiento de las sentencias, veremos que el pueblo, por una parte, se enteraba del castigo al que había atentado contra los valores de la comunidad, y, por otra, era pedagógicamente iniciado en el repudio a los actos ilícitos. En otras circunstancias, la publicidad daba pie al conocimiento directo de los acontecimientos procesales, como cuando un oidor, actuando en calidad de Juez Mayor de Provincia, administraba justicia ante el pueblo mismo en la plaza mayor de la ciudad. No menos importante era la publicidad para las almonedas y tomas de posesión, sobre todo, si se toma en consideración la calidad de ágrafo de que adolecía una parte no despreciable del pueblo. La palabra hablada era, por cierto, un vehículo particularmente adecuado para el logro de este principio.

f) Principio de economía procesal. La dirección judicial y la intermediación contribuían positivamente a que, con el mínimo de esfuerzo procesal, se lograsen los más amplios resultados. No menos contribuía al logro de este objetivo el que las partes *sine strepitu et figura iudici*, verdad sabida y buena fe guardada, pudiesen

solucionar sus diferencias. De particular interés puede calificarse el obligatorio llamado a conciliación que se hacía a las partes en el procedimiento mercantil, constituyéndose aquella en un interesante modo alternativo de solución de conflictos. Por otra parte, las personas más necesitadas de una justicia efectiva –los pobres, a los que se asimilaba al indio del común– lograrían al través de este principio la consecución de sus apetencias.

g) Principio de concentración. Se lo encuentra en todos aquellos procedimientos reseñados en que se procuraba un alejamiento de las formalidades de los juicios ordinarios. Viene a ser una consecuencia de los otros principios ya tratados.

h) Principio de celeridad. Era el *desideratum* máximo de la administración de justicia sobre todo de cara a las personas privilegiadas como pobres, rústicos, indios, obras pías y participantes en algunas actividades económicas. El uso de la palabra hablada parecía ser el vehículo más adecuado para su logro.

[Recibido el 4 de abril y aprobado el 23 de junio de 2006].