

**“LA JUSTICIA YACE EN LAS FORMALIDADES”:  
DEL ELOGIO DE LAS FORMAS JUDICIALES A LOS  
ORÍGENES DEL DEBIDO PROCESO EN LA DOCTRINA  
PROCEDIMENTAL DEL ANTIGUO RÉGIMEN FRANCÉS  
(SIGLOS XVI-XVIII)**

**“JUSTICE LIES IN THE FORMALITIES”: FROM EULOGY  
OF JUDICIAL FORMS TO THE ORIGINS OF DUE PROCESS  
OF LAW IN FRENCH *ANCIEN RÉGIME*’S PROCEDURAL  
DOCTRINE (XVI<sup>TH</sup>-XVIII<sup>TH</sup> CENTURIES)**

Juan Manuel Hernández Vélez  
Université Paris-Panthéon-Assas

**SUMARIO:** INTRODUCCIÓN.- I. LA LIBERTAD OBJETIVA MEDIANTE LA VERDAD JUDICIAL.- 1.1. La “objetividad” del orden judicial.- 1.2. Las formas de la instrucción, el “alma del proceso”.- LA LIBERTAD SUBJETIVA A TRAVÉS DEL “DERECHO A” LAS FORMAS JUDICIALES.- 2.1. La seguridad de los ciudadanos a través de la complejidad de las formas.- 2.2. El esbozo de un “derecho al proceso”.

**Resumen:** La doctrina jurídica del Antiguo Régimen francés expone sistemáticamente la importancia de las formas en la administración de justicia. Ya sea presentando las formas judiciales como el mejor medio para alcanzar la verdad judicial; o bien ligando dichas formas judiciales a la protección de la libertad individual, el discurso del respeto a dichas formas puede encontrarse tanto en las fuentes “tradicionales” de la época (la doctrina procedimental y el discurso de la magistratura) como en las fuentes político-jurídicas de la corriente reformadora de la Ilustración. A pesar de la continuidad del régimen político, de los discursos acerca del procedimiento y de las normas, los cambios semánticos pueden ser percibidos, prefigurando así el derecho al “debido proceso”.

**Abstract:** Legal doctrine in French *Ancien Régime* exposes, systematically, the importance of legal forms in justice administration. The idea that procedural forms shall be respected is related both to the achievement of judicial truth and to the guarantee of individual liberties. Moreover, the discourse about respect due to judicial forms can be identified in the “traditional” sources (the procedural legal doctrine and the magistracy) as well as in reformist figures of the Enlightenment movement. This research assesses the semantic changes that foreshadow what will be called the “due process of law” as a subjective right, despite the continuity of the political regime, the discourses about the procedure, and the legal norms.

**Palabras clave:** Formas judiciales, debido proceso, verdad judicial, libertades públicas, doctrina procedimental, magistratura

**Key Words:** Legal forms, due process of law, judicial truth, public liberties, procedural legal doctrine, magistracy

## I. INTRODUCCIÓN

La frase del gran teórico alemán decimonónico Rudolf Von Ihering según la cual la forma es “la hermana gemela de la libertad”<sup>1</sup> es bien conocida. No obstante, es menos conocido el contexto en el cual fue escrita. La frase aparece en la obra *El espíritu del derecho romano...* (1852) y hace parte de una defensa del régimen republicano romano y del formalismo de su *constitución*, en clara oposición al voluntarismo inherente al *princeps* del régimen imperial posterior. La frase y la argumentación ulterior de Ihering son interesantes desde un punto de vista conceptual para nuestro análisis. Por ello, una larga cita a modo de introducción de la obra del eminente jurista alemán se justifica:

“La fuerza de atracción que la forma, como representación tradicional y típica de los sentimientos y las ideas por medio de actos y signos, ejerce sobre el espíritu humano, se manifiesta de diversas maneras. Por un lado, ella seduce el sentido poético, desde un punto de vista puramente estético, gracias al elemento plástico y dramático, del cual se ayuda para embellecer los eventos de la vida. Por otro lado, desde un punto de vista práctico, ella halaga la severidad de la razón gracias al orden, la regularidad, la uniformidad, la claridad de la existencia y de la acción humana que se manifiestan. Desde un punto de vista moral, finalmente, ella conquista el corazón, porque le imprime el sentimiento de seriedad y solemnidad, porque ella eleva a quien actúa por encima de sí mismo y por encima de su pura individualidad y del carácter pasajero de su situación personal del momento, hasta las alturas de una significación humana general y típica de la acción; porque, en fin, ella lo sitúa en una correlación santa con quienes lo precedieron y quienes lo sucederán.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Rudolf Von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, Tomo III, Paris, Marescq, 1877, pp. 157-158. Las traducciones del francés, tanto de la época moderna como de la época contemporánea, son nuestras.

<sup>2</sup> Rudolf Von Ihering, *L'esprit du droit romain dans les diverses phases de son développement*, *op. cit.*, p. 192. El profesor Jean-Paul Andrieux en su definición de las formas y los procedimientos profundiza la reflexión de Ihering: “Más allá de las necesidades sociales, la forma permite al derecho elevarse para alcanzar una dimensión simbólica y develar a través de su belleza formal un interés estético. Este valor simbólico suplementario del derecho se suma a la eficacia pragmática de su función de adaptación. El derecho se abre así a otra dimensión: la dimensión del arte”. Jean-Paul Andrieux, *Verbo “Formes et procédures”*, en Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2012, p. 747. Friedrich Carl von Savigny refiere igualmente la solemnidad del formalismo que implica una reflexión previa a la exteriorización de la voluntad: “Para que una buena dirección sea dada a las relaciones jurídicas, es deseable que las convenciones no sean concluidas con prisa, sino con prudencia, reflexionando sobre sus consecuencias. La naturaleza de las convenciones solemnes (como la estipulación romana) despierta precisamente

Más allá de la fuerza evocadora del texto, es importante subrayar el carácter atemporal que el autor da al tema que trata –es decir, a la *forma*. Si los términos y los métodos utilizados son distintos, este elogio de la forma, y en particular de las formas judiciales, se encuentra también en la pluma de los juristas del Antiguo Régimen francés.

“*Justice gist en formalité*”: la justicia yace en las formalidades, afirma Pierre Ayrault en su obra *De l'ordre et l'instruction judiciaire* (1576)<sup>3</sup>, la cual expone, entre muchos otros temas, la importancia de las formalidades en la administración de justicia. Este discurso será retomado durante los dos siglos que preceden a la Revolución francesa por los diferentes autores de la doctrina procedimental –tanto práctica como pedagógica– que se puede encontrar bajo los títulos *Praticien...*, *style de proceder*, *manière de proceder*, entre otros<sup>4</sup>. Dicha doctrina recalca los aspectos benéficos de las formalidades, en contraste con otros discursos que insisten en sus

---

reflexiones prudentes, y conduce así al resultado deseado”. Friedrich Karl von Savigny, *Le droit des obligations*, Tomo II, Paris, Auguste Durand, 1863, p. 364-365.

<sup>3</sup> La primera edición de la obra data de 1576. Sin embargo, para nuestro estudio hemos preferido la edición de 1642, que tiene divisiones y subdivisiones que permiten identificar fácilmente los apartes citados. Pierre Ayrault, *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé és accusations publiques. Conferé au stil & usage de nostre France*, Lyon, Cassin & Plaignard, 1642 p. 3, §2.

<sup>4</sup> A título indicativo: Claude Bernard, *La Pratique civile et criminelle des cours souveraines et presidiaux de France, utile et necessaire a tous ceux qui estudient en droict, mais aussi à tous magistrats, juges, advocats, procureurs, notaires, commissaires, & autres personnes frequentans les cours, tant souveraines, que subbalternes*, Paris, M. Bobin, 1660; Etienne de Blégnny, *Traité contenant la manière de procéder à toutes vérifications d'écritures contestées en justice*, Paris, Cavelier, 1698; Jean Bouchet, *Forme et ordre de plaidoirie en toutes les Cours royales et subalternes de ce royaume regies par coutumes, Styles, & ordonnances royaulx*, Paris, Galliot Dupré, 1542; Philbert Boyer, *Le stile de la cour de Parlement, souveraine & capitale du royaume de France*, Tours, Montroeil & Richer, 1591; Couchot, *Le praticien universel ou le droit françois et la pratique de toutes les juridictions du royaume, suivant les nouvelles ordonnances...*, 2 Tomos, Paris, Mesnier, 1725; François Desmaisons, *Le parfait praticien françois. Reformé suivant l'usage, qui se pratique à present par toute la France...*, Paris, Besongne, 1679; Charles Desmarquets, *Nouveau stile du Châtelet de Paris, et de toutes les juridictions ordinaires du royaume, tant en matière civile, criminelle, que de police*, Paris, Despillay, 1771; Lazare Du Crot, *Le vray stil général du conseil privé du roy, de cour de parlement, de la cour des aydes, des requestes du palais, & du chastelet de Paris : le tout suivant les ordonnances & arrêts*, Paris, Jean Richer, 1623; Pierre Neel Duval, *Le parfait procureur, contenant la nouvelle manière de procéder, dans toutes les Cours & Juridictions du Royaume...*, 2 Tomos, Lyon, Antoine Boudet, 1705; Macé Fortin, *Briefve instruction pour apprendre le stil & manière de procéder es Cours de Parlemens, & autres inferieures, en toutes instances & matières...*, Paris, Sertenas, 1560; René Gastier, *Les nouveaux styles du Parlement de Paris, de la Cour des aydes, requestes du Palais et de l'Hôtel, Chambres des Comptes et du trésor, & des autres juridictions de l'enclos du palais*, Paris, Langelier, 1661; Jacques Gauret, *Stile du Conseil du Roy, suite du stile universel pour l'instruction des Matières Civiles & Criminelles*, Paris, Les Associés, 1700; Louis Lassere, *L'art de procéder en justice ou la science des moyens judiciaels nécessaire pour découvrir la vérité ; tant en matière Civile que Ciminelle*, Primera edición, Paris, Bobin et Le Gras, 1676; Jean Le Pain, *Le praticien françois, ou Livre auquel sont contenues ; Anónimo, Praticien françois, contenant Grand nombre d'instructions très nécessaires pour la pratique des Cours de France...*, Paris, Besongne, 1654; Sardier, *Le stile de procéder en tous les bailliages, Seneschausées & Sièges Presidiaux de ce Royaume, tant en matiere Civile que Criminelle & Beneficiale*, Paris, Rousset, 1617. Sobre el origen de esta literatura en la Edad Media, ver el artículo de Sophie Peralba, “Des coutumiers aux styles. L'isolement de la matière procédurale aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles”, *Cahiers des Recherches Médiévales et Humanistes*, n° 7, 2000, §28, disponible en: <https://journals.openedition.org/crm/887>

consecuencias nefastas (la lentitud o las artimañas –conocidas como chicana–, por ejemplo).

A pesar de que la voluntad explícita de la corona francesa durante este periodo consiste en simplificar y unificar los procedimientos judiciales, el discurso doctrinal sobre la importancia de la complejidad de las formas está presente hasta el fin del Antiguo Régimen. Dicha doctrina permite analizar la relación que los juristas, en su mayoría “*praticiens*” (juristas que participaban en los litigios en calidad de abogados o de *procureurs*<sup>5</sup>), concebían entre la libertad de los súbditos del rey y su justicia. Ella permite, además, discernir de manera diacrónica la génesis del concepto de “libertades públicas modernas” –según la conocida denominación de Benjamin Constant<sup>6</sup>. En efecto, en complemento de las grandes obras jurídico-políticas de la época<sup>7</sup>, la doctrina procedimental –y en particular en materia penal– ilustra concretamente, en el plano judicial, los medios jurídicos que los súbditos del rey tenían frente al poder soberano y frente a los particulares. Parafraseando a Montesquieu, la doctrina procedimental aclara la definición que el barón de la Brède dio de la libertad como “opinión de la seguridad personal”<sup>8</sup>. El objetivo de esta investigación es entonces contribuir al estudio de las libertades públicas desde el ángulo del procedimiento, presentando la evolución del discurso de respeto de las formas jurídicas y de las formalidades judiciales en la doctrina francesa.

Así, dicha evolución puede articularse en dos grandes ideas/etapas: en primer lugar, la defensa de una libertad “objetiva” garantizada por las formalidades que conducen a

---

<sup>5</sup> Los *procureurs* eran agentes de la justicia que comparecían a los estrados para cuidar los intereses de las partes, e instruían las causas y las instancias. No obstante, no podían presentar alegatos contrariamente a los abogados, su rol era relegado exclusivamente a los trámites del proceso. Sobre la historia de los *procureurs*: Charles Bataillard, *Les origines de l'histoire des procureurs et des avoués depuis le V<sup>e</sup> siècle jusqu'au XV<sup>e</sup> (422 ? - 1483)*..., Paris, Cotillon, 1868; *Histoire du Parquet*, Jean-Marie Carbasse (dir.), Paris, PUF, 2000; Gustave Saulnier de la Pinelais, *Le barreau du parlement de Bretagne 1553-1790. Les procureurs – les avocats*, Rennes – Paris, Plihon et Hervé – Picard et fils, 1896, pp. 1-101.

<sup>6</sup> La distinción entre libertades “modernas” y “antiguas” proviene, como es bien sabido, de Jean-Charles-Leonard Simonde De Sismondi, quien escribió en 1818: “[...] Hasta el siglo dieciocho, [...] la libertad del ciudadano fue considerada como una participación a la soberanía del país; fue únicamente el ejemplo de la constitución británica el que nos enseñó a considerar la libertad como la protección de la tranquilidad, de la felicidad y de la independencia domésticas. Aquello que nosotros deseamos antes que nada era considerado por nuestros ancestros como una ventaja accesoria y de segundo plano; lo que nuestros ancestros deseaban es considerado por nosotros como un medio más o menos imperfecto de obtener o de conservar lo que deseamos. Sin embargo, tanto el uno como el otro de estos objetos de asociación política han sido designados con el nombre de libertad. Cuando quisimos distinguirlos –y para ello dimos, por un lado, el nombre de libertad civil a la facultad pasiva, a la garantía contra los abusos del poder, cualesquiera sean las manos en las que reside, que pretenden los Modernos; siendo que, por otro lado, dimos el nombre de libertad política a la facultad activa, a la participación de todos al poder ejercido sobre todos, a la asociación del hombre libre con la libertad– no hemos aun logrado evitar la confusión, porque las palabras que utilizamos no contrastan lo suficiente la una con la otra”. Jean-Charles-Leonard Simonde De Sismondi, *Histoire des Républiques italiennes du Moyen Âge*, Tomo XII, 4<sup>a</sup> edición, Bruselas, Aug. Wahlen, 1826, p. 286. Sobre Benjamín Constant, basta referirse a su célebre discurso, pronunciado en *l'Athénée royal* de Paris en 1819: *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*.

<sup>7</sup> Pensamos principalmente en Jean Bodin, Etienne Pasquier, Jean Domat o Montesquieu, por nombrar sólo algunos de los más conocidos.

<sup>8</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro XII, capítulo II.

la verdad judicial (I). En segundo lugar, la defensa de una libertad “subjetiva” calificada de *civile* que se manifiesta a través de la idea de un “derecho a las formalidades del procedimiento” judicial frente al poder ejercido de forma arbitraria (II).

## II. LA LIBERTAD OBJETIVA MEDIANTE LA VERDAD JUDICIAL

En un primer momento, que va del siglo XVII a la primera mitad del XVIII, la protección de la(s) libertad(es) por intermedio de la justicia puede ser calificada como “objetiva”. En efecto, el elogio doctrinal de las formas judiciales pretende sobre todo mostrar la objetividad del orden judicial, es decir, de la organización relativa a la atribución de la *jurisdictio* (2.1.). Asimismo, dicho elogio pretende legitimar las jurisdicciones reales mediante la afirmación de la objetividad de las decisiones, la cual es garantizada por el formalismo de la instrucción o sumario (2.2.).

### 2.1. La objetividad del orden judicial

En una época en que la justicia monárquica continúa la batalla de la legitimidad frente a las jurisdicciones concurrentes (eclesiásticas y feudales)<sup>9</sup>, Pierre Ayrault comienza su obra *De l'ordre et l'instruction judiciaire* afirmando que los magistrados romanos –los pretores– eran calificados también de *quæstores*, ya que su función principal es la instrucción y la inquisición, la cual es infinitamente más compleja que el acto decisivo, el juicio<sup>10</sup>. Según esta concepción, la justicia no reside precisamente en la decisión que toma el juez (el *judex* de la república romana, que por lo demás no estaba investido de la *jurisdictio*), sino en la indagación realizada por el magistrado “que dispone del juramento de la República, que representa el Príncipe, y que ha sido instalado y encargado para este efecto”<sup>11</sup>. Así, haciendo el paralelismo con la monarquía francesa, el magistrado ideal es aquel que el *Princeps* establece en esa posición, previa confirmación de su *scientia* en materia jurídica y de su *sapientia* cristiana. Para juristas y teólogos por igual, la organización judicial es un orden –en el sentido medieval de *ordo*– que tiene su origen en la constitución de la *res publica* y refleja el orden divino<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Batalla que comienza desde la época de los primeros Capetos. Sobre el tema: Jean-François Lemarignier, *Le gouvernement royal aux premiers temps capétiens (987-1108)*, Paris, A. et J. Picard, 1965; Guillaume Bergerot, *La mission de justice du roi de Louis VI à Philippe Auguste*, Tesis de doctorado en Historia del derecho, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2019, pp. 126-244; Vincent Martin, *La paix du roi (1180-1328) : paix publique, idéologie, législation et pratique judiciaire de la royauté capétienne de Philippe Auguste à Charles le Bel*, Paris, Institut Universitaire Varenne, LGDJ, 2015. Igualmente, en sus investigaciones sobre las instituciones judiciales en el reino de Francia en el siglo XIII, Jean Hilaire ha demostrado la importancia del procedimiento en la génesis del Estado: Jean Hilaire, “Le Roi et Nous, procédure et genèse de l'État aux XIII<sup>e</sup> et XIV<sup>e</sup> siècles », *Revue Histoire de la Justice*, n° 5, 1992, pp. 3-18.

<sup>10</sup> Pierre Ayrault, *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé és accusations publiques. Conferé au stil & usage de nostre France*, op. cit., p. 2, §1.

<sup>11</sup> Pierre Ayrault, *L'ordre, formalité et l'instruction judiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé és accusations publiques. Conferé au stil & usage de nostre France*, op. cit., p. 2, §1.

<sup>12</sup> En el Siglo XVII, Hyacinthe Le Febvre explicita el paralelo entre el orden judicial divino (del juicio final) y el orden judicial profano: “La práctica criminal de los tribunales terrestres enseña ocho formalidades [...]. Este tratado muestra que el Hijo de Dios las observará todas en el juicio final, con

El orden judicial objetivo se manifiesta en la prerrogativa de *jurisdictio*, es decir, a través de la competencia del juez “ordinario” o “natural”<sup>13</sup>. Para explicar la importancia del orden a seguir en la justicia, Pierre Ayrault hace una comparación con el orden militar: más que la motivación de los combatientes, lo que es necesario es “el orden, la disposición y la instrucción del campo” que dependen de la “previsión del Capitán”<sup>14</sup> (entiéndase, del soberano). Dicha previsión unipersonal no conlleva una entera discrecionalidad del monarca, ya que para la doctrina procedimental desde el siglo XIII, principalmente a través de la interpretación de canonistas como Joannis Monachi o Paucapalea, el orden judicial –*ordo judicarius*– prima sobre el derecho creado por el *princeps*<sup>15</sup>. Así, aun si la teoría moderna de la soberanía tal y como la presenta Jean Bodin tiende a volver inseparables la voluntad soberana y la prerrogativa de *condere leges*, la concepción medieval del *ordo judicarius* actúa como una serie de principios intangibles en materia procedimental, que en tiempos ordinarios deben ser respetados por el soberano.

Para la doctrina procedimental de la época moderna, el argumento central relativo al respeto del orden judicial es de carácter epistemológico. En efecto, el respeto del orden de la *jurisdictio* es necesario para asegurar la calidad de las decisiones que serán consideradas como la “verdad judicial”<sup>16</sup>. La condición *sine qua non* es entonces que el juez sea objetivamente instituido para rendir la justicia. Mathieu Terrasson, abogado de la primera mitad del siglo XVIII, lo afirma de esta manera:

“No hay un procedimiento más irregular, y si oso decirlo, más nulo, que aquel que realiza el juez que no tiene poder para hacerlo. El primer deber de quienes rinden la justicia es el de conocer los casos que son de su competencia; porque la porción de autoridad que ellos ejercen no les ha sido confiada más que para ser usada en ciertas condiciones y en ciertos casos: de tal suerte que, si sobrepasan sus límites, el poder legítimo que tienen cesa y se convierte en usurpación [...]”<sup>17</sup>

---

el asombro de los Ángeles, con la consternación de los hombres y con el terror de los demonios”. Hyacinthe Le Febvre, *Traité du jugement dernier ou procez criminel des reprovez, accusez, jugez, et condamnez de Dieu selon les formalitez de la justice*, Paris, Thierry, 1674, p. 2 del prefacio.

<sup>13</sup> El tema del juez natural en Francia ha sido objeto de tres grandes obras: Paolo Alvazzi del Frate, *Il principio del giudice naturale nella Francia d’Ancien Régime: secoli XVI-XVIII*, Roma, V&V, 1996; Marjorie Dupuis-Berruex, *Le juge naturel dans le droit de l’ancienne France*, Paris, LGDJ, 2012; Ulrike Müßig, *El juez legal. Una comparación, desde el Derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarrollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia*, Madrid, Ed. Dykinson, 2014. A ellas podemos sumarle los artículos de síntesis siguientes: Hélène Gaudemet-Tallon, “L’introuvable “juge naturel””, *Nonagesimo anno. Mélanges en hommage à Jean Gaudemet*, Paris, PUF, 1999, pp. 591-612; Nicola Picardi, “Le juge naturel – Principe fondamental en Europe”, *Revue Internationale de Droit Comparé*, Vol. 62, n° 1, 2010, pp. 27-73.

<sup>14</sup> Pierre Ayrault, *L’ordre, formalité et l’instruction judiciaire, dont les Grecs et Romains ont usé és accusations publiques. Conferé au stil & usage de nostre France*, *op. cit.*, p. 2, §1.

<sup>15</sup> Kenneth Pennington, “Due Process, Community, and the Prince in the Evolution of the *Ordo Judicarius*”, *Revista Internazionale di diritto comune*, 9, 1999, pp. 9-47.

<sup>16</sup> Sobre este punto, ver nuestra tesis doctoral: Juan Manuel Hernández Vélez, *La procédure, matrices des libertés anciennes: aux origines du droit au procès*, Tesis de doctorado en Historia del derecho, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2020, pp. 136-140.

<sup>17</sup> Mathieu Terrasson, *Œuvres de feu Me. Mathieu Terrasson, écuyer, ancien avocat au parlement, contenant plusieurs de ses discours, plaidoyers, mémoires et consultations*, Paris, De Nully, 1737, p. 279.

Así, la transgresión de este orden “natural” u “ordinario” –es decir, el hecho de otorgar la *jurisdictio* a un juez “extraordinario” o de atribución– genera un cuestionamiento inmediato del actor que produce la decisión judicial y, por lo tanto, de la verdad allí contenida.

La objetividad de la organización judicial implica igualmente un cierto número de prerrogativas otorgadas al juez, que no son iguales para todos los funcionarios investidos de la *jurisdictio* ya que la organización es ontológicamente jerárquica<sup>18</sup>. Los textos doctrinales ilustran esta forma de argumentación basada en las jerarquías sociales con la idea de juicio de los pares: en el siglo XVII, prácticamente ninguna obra sobre el procedimiento hace referencia a una idea de igualdad procesal entre personas que, debido a la sociedad de órdenes, no son iguales. El Barón de Montesquieu, un siglo más tarde, en *El espíritu de las leyes* propaga y justifica una “distribución social de la función judicial”<sup>19</sup>; la cual va de la mano con la reivindicación de la prerrogativa de la justicia en cada momento e instancia que ella se presenta (cortes soberanas, privilegios provinciales, derechos señoriales, entre muchos otros ejemplos)<sup>20</sup>. Un ejemplo institucional del argumento jerárquico del juicio de los pares es la *remontrance*<sup>21</sup> del parlamento de París del 1 de marzo de 1721, en la cual la corte soberana expone al rey que:

“[...] Los príncipes de vuestra sangre y los pares del reino no tendrían nunca certeza de sus destinos, dependerían de una comisión y el honor de las primeras personas del Estado podría ser confiado a unos hombres reunidos al azar en sesiones arbitrarias que no suscitan jamás confianza, que no son estables, que desaparecen en el momento en que son formadas; y los príncipes de vuestra sangre y pares del reino, para no abandonar la persona acusada y velar por su defensa, se verían forzados a unirse a jueces oscuros y a tribunales frecuentemente inferiores, lo que degradaría y prostituiría su dignidad.”<sup>22</sup>

---

<sup>18</sup> Sobre la jerarquía en el discurso de la magistratura, los trabajos de Raphaël Fournier brindan numerosos aportes y ejemplos, particularmente en la obra de Bernard La Roche-Flavin. Raphaël Fournier, *De la hiérarchie à la souveraineté. Rangs, préséances et constitution du royaume de Louis XIII à la régence*, Paris, LGDJ, 2017, pp. 326-327.

<sup>19</sup> La fórmula es de: Elina Lemaire, *Grande robe et liberté: la magistrature ancienne et les institutions libérales*, Paris, PUF, 2010, p. 294.

<sup>20</sup> Además de la diversidad de las jurisdicciones, Montesquieu evoca las diferencias en los regímenes de bienes, de feudos, además de la diversidad del derecho consuetudinario y de la jurisprudencia de las cortes de justicia soberana. Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro XII, capítulo II.

<sup>21</sup> Las cortes soberanas, y principalmente el parlamento de París, podían objetar el registro de las ordenanzas y de los edictos reales. Las *remontrances* de las cortes soberanas son las objeciones dirigidas al rey en caso de rechazo de registro.

<sup>22</sup> *Remontrances* del parlamento de París del 1° de marzo de 1721. Jules Flammermont et Maurice Tourneux, *Remontrances du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Tome I, Paris, Imprimerie Nationale, 1888, p. 146. En realidad, el argumento del parlamento de París se aleja de las reales pretensiones de su justiciable, el Duque de la Force, quien pretendía precisamente escapar de la jurisdicción del parlamento de París solicitando una *évocation* de su proceso –principalmente al *ajournement* ordenado por el parlamento.

En lo que respecta los otros súbditos del rey (es decir, aquellos que no son príncipes de sangre o pares del reino), la doctrina desarrolla el argumento cuando trata las jurisdicciones inferiores: ni los particulares ni los “funcionarios” de justicia pueden cambiar arbitrariamente la jurisdicción considerada como ordinaria. Así lo afirma Abraham Lapeyrere: “las partes no pueden prorrogar la jurisdicción en perjuicio del juez natural. Sin embargo, pueden renunciar al juez de su privilegio”<sup>23</sup>.

La crítica de los cambios en el orden objetivo de la administración de justicia se desarrolla a través de tres grandes argumentos. *Primo*, a raíz de la prerrogativa o el privilegio de jurisdicción en sí misma, que genera frecuentemente conflictos de competencia, y no a través de la protección del justiciable. El abogado Simon Linguet explicita dicha crítica en uno de sus alegatos:

“Vemos jueces de atribución invalidar, de su propia autoridad privada, las sentencias emanadas de jueces territoriales, de los cuales la competencia no puede ser en ningún caso eludida, ya que dicha competencia es establecida por las mismas razones que son utilizadas para destruirla; en fin, vemos los privilegios de los ciudadanos comprometidos, y las prerrogativas de los tribunales naturales que deben protegerlos, menospreciadas. En el fondo, nos importan mucho menos los derechos del señor L\*\*\*, que los del [tribunal] de *châtelet*, y, en consecuencia, los del parlamento [...]”<sup>24</sup>

*Secundo*, debido a las dificultades de orden epistemológico que puede generar el cambio, como lo afirma el criminalista Muyart de Vouglans respecto a la práctica de las *évocations*<sup>25</sup>: “Si, en general, las *Evocations* son consideradas odiosas porque afectan el orden judicial, con más razón lo deben ser en materia criminal, ya que obstaculizan la Instrucción, privando el juez del lugar del delito de la competencia y conocimiento que naturalmente le pertenecen”<sup>26</sup>.

*Tertio*, debido a la falta de legitimidad de las decisiones tomadas por la modificación de la organización de justicia, considerada frecuentemente como abrupta y arbitraria. Un memorial enviado al rey Louis XV por varios abogados en el proceso contra el *procureur général* del parlamento de Bretaña Louis-René de

---

<sup>23</sup> Lapeyrere evoca igualmente una lista de los ilustres predecesores sobre los cuales su opinión se basa –Ferrer, Coquille, Bacquet, Chopin, Papon, entre otros. Abraham Lapeyrere, *Décisions sommaires du Palais, par ordre alphabetique, illustrées de notes & de plusieurs Arrêts de la Cour de Parlement de Bordeaux*, Bordeaux, De la Court – Boude-Boe, 1717, p. 190.

<sup>24</sup> Simon Linguet, *Mémoires Et Plaidoyers De M. Linguet, Avocat A Paris*, Tomo 7, Paris, Chez Joly, 1773, p. 128.

<sup>25</sup> La evocación cambia el juez competente del proceso. La definición de évocation se encuentra en la *Encyclopédie* de Diderot et d’Alembert: “EVOCATION, (Jurisprud.) es llamada en derecho *litis translatio* o *evocatio*; lo que significa un cambio de los jueces, el cual se hace quitándoles el conocimiento de la contestación a los jueces que debían juzgarla según el orden común, y dándole el poder a otros de decidir”. El artículo se encuentra disponible en: <http://enccre.academie-sciences.fr/encyclopedie/article/v6-209-3/> (consultado el 30 de enero de 2022).

<sup>26</sup> Pierre-François Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel ou principes generaux en ces matieres*, Paris, Le Breton, 1757, p. 150.

Caradeuc de La Chalotais<sup>27</sup> ilustra esta idea. Para realizar la “verdadera justicia” y evitar toda sospecha sobre la inocencia de sus defendidos, los abogados solicitan que los justiciables:

“sean enviados frente a jueces severos, censores inflexibles de todo lo que pudiera derogar en un Magistrado la pureza de los sentimientos de la Magistratura; y ahorrarles el dolor de verse absueltos por unos jueces respetables, *pero elegidos*, de los cuales la Nación podría sospechar de haber sido muy flexibles a vuestra clemencia y conmiseración frente a los seis magistrados acusados y sus familias.”<sup>28</sup>

Así, vemos que la legitimidad de una justicia “objetiva” no se presenta en principio como una norma preventiva que beneficia al justiciable, sino como una cadena procedimental que tiene como primer objetivo asegurar el mantenimiento de un orden judicial (lo que implica la defensa de las prerrogativas de las jurisdicciones ordinarias), que garantiza *a posteriori* el mantenimiento del orden social.

Ahora bien, el orden judicial no es monolítico, ya que la voluntad del rey puede modificarlo. En efecto, de manera general, la doctrina procedimental no cuestiona dicha posibilidad puesto que se trata de una decisión del soberano<sup>29</sup>. Sin embargo, dicha doctrina sigue proponiendo un criterio de verdad “objetiva” como límite a los cambios hechos por el rey mismo o por intermedio de uno de sus grandes consejeros. Todas las modificaciones de la *jurisdictio* deben someterse al procedimiento de verificación –suerte de control de constitucionalidad de la época–, con el fin de tener la certeza tanto de la autoría del acto como de las razones que lo justifican<sup>30</sup>. Si bien este procedimiento originó un largo conflicto entre las

---

<sup>27</sup> Sobre este *affaire*, retenemos solamente el análisis de: Julian Swann, *Politics and the Parlement of Paris under Louis XV, 1754-1774*, Cambridge, Cambridge University Press, 1995, pp. 250-283.

<sup>28</sup> *Au roy, Sire, Louis-René de Caradeuc de La Chalotais, & Jacques-Anne-Raoul de Caradeuc, vos procureurs généraux au Parlement de Bretagne, Louis Picquet de Montreuil, Louis Charette de La Gacherie, Louis-François Charette de La Collinière, & Jean-François Euzenou de Kersalaun, représentent très-humblement à Votre Majesté, que quel que soit leur empressement, de toucher au moment qui doit terminer les traitemens rigoureux qu'ils éprouvent depuis treize mois, & manifester leur innocence à vos yeux... ils se voyent obligés de recourir encore à vos bontés, au sujet de l'arrêt du conseil du 22 novembre dernier*, Paris, P.G. Simon, 1767, p. 13 (la cursiva es nuestra).

<sup>29</sup> El autor Couchot afirma, por ejemplo, que “Su Majestad es propietario de la justicia” (Couchot, *Le praticien universel ou le droit français et la pratique de toutes les juridictions du royaume, suivant les nouvelles ordonnances, op. cit.*, Tome I, p. 26). Philbert Boyer afirma, por su parte, que el rey “puede juzgar o hacer jugar por comisionados en su lugar y descargándose así de su conciencia” (Philbert Boyer, *Le style de la cour et justice des requestes du palais, et pratique universelle, divisé en quatre livres*, Paris, Richer, 1600, 5v<sup>o</sup>). Bertrand Compaigne hace un paralelo con los emperadores romanos al afirmar que, como estos, los reyes de Francia pueden “prescribir y ordenar la forma de los procedimientos extraordinarios, tanto como los ordinarios” (Bertrand Compaigne, *La science des juges criminels, temporels et ecclésiastiques, ou les décisions des plus difficiles & importantes questions en matière criminelle...*, Lyon, La Rivière, 1656, p. 141).

<sup>30</sup> Sobre el tema del procedimiento de registro y verificación de los actos reales, la bibliografía es amplia, y va desde los aspectos teóricos e ideológicos subyacentes a los aspectos prácticos de negociación de la normatividad de los actos reales. A título indicativo: Robert Carvais, “La procédure de vérification des lettres patentes, moyen parlementaire de négocier, voire d'imposer le droit”, en: *Dire le droit : normes, juges, jurisconsultes*, Barbara Anagnostou-Canas (ed.), Paris, Editions Panthéon-Assas, 2006, pp. 267-284; Axel Degoy, *Représentation et pouvoir de « faire loy » :*

instituciones judiciales de la monarquía y la corona, la doctrina procedimental insiste en la legitimidad que la *verificación* de los actos normativos del rey genera en la administración de justicia<sup>31</sup>.

El argumento de la objetividad de la organización de la justicia está íntimamente ligado al de la competencia (en el sentido de aptitud y de capacidad intelectual) de los jueces, que a su vez implica una deontología estricta de la función judicial. En este sentido, la doctrina procedimental describe detalladamente tanto las competencias del juez como los deberes que su función le impone<sup>32</sup>.

La objetividad –y por lo demás, la complejidad– del sistema judicial en Francia en el antiguo régimen también pudo ser percibida como una ventaja para los justiciables. Por ejemplo, el canciller Henri D’Aguesseau formuló a comienzos del Siglo XVIII un argumento curioso sobre la concurrencia de las diferentes jurisdicciones en un sistema extremadamente intrincado. Sin descartar la posibilidad de simplificación del organigrama judicial, D’Aguesseau considera útil para la justicia que las diferentes jurisdicciones ejerzan el dispositivo de la prevención<sup>33</sup> mutuamente, con el fin de “descubrir, perseguir y vengar los crímenes”. Este argumento se focaliza, una vez más, en el interés por descubrir la verdad, ya que se

---

*Enquête autour de l’activité normative du parlement de Paris à l’époque de Charles VI et de la double monarchie franco-anglaise (1380-1436)*, Tesis de doctorado en Historia del derecho, Université Paris 2 Panthéon-Assas, 2017, 681 p.; Sylvie Daubresse, “Le parlement et l’enregistrement des actes royaux au XVI<sup>e</sup> siècle”, en: *Dire le droit : normes, juges, jurisconsultes*, Barbara Anagnostou-Canas (ed.), Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2006, pp. 253-266; Francesco Di Donato, “La puissance cachée de la robe. L’idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique”, en: *L’office du juge : part de souveraineté ou puissance nulle ?*, Olivier Cayla y Marie-France Renoux-Zagamé (ed.), Paris, LGDJ, Publications de l’Université de Rouen, 2002, pp. 89-116; Françoise Hildesheimer, “Les deux premiers registres des “ordonnances” ou la logique floue de l’enregistrement”, *Histoire et archives*, n° 12, Paris, 2002, pp. 79-114; Lauriane Kadlec, *Le droit d’enregistrement et le parlement de Paris sous Louis XIII : une étude d’histoire du droit public*, Tesis doctoral en Historia, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2015, 939 p.; Marie France Renoux-Zagamé, “La notion juridique de civilité : éléments pour une autre histoire”, *Droit & Philosophie*, Annuaire de l’Institut Michel Villey, Vol. 3, 2011, pp. 17-35; François Saint-Bonnet, “Le contrôle a posteriori : les parlements de l’Ancien Régime et la neutralisation de la loi”, *Cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 28, 2010, disponible en ligne : <https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-contrôle-a-posteriori-lesparlements-de-l-ancien-regime-et-la-neutralisation-de-la-loi> (consulté le 31 janvier 2022); François Saint-Bonnet, “Le parlement, juge constitutionnel (XVI<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> siècle)”, *Droits*, vol. 34, n° 2, 2001, p. 177-197.

<sup>31</sup> Dicha doctrina puede resumirse en una frase del canciller Henry-François D’Aguesseau: la verificación de los actos reales y las *remontrances* son útiles para que “los súbditos se acostumbren a ver las leyes como una obra de justicia, más que como la sola voluntad del soberano”. Henri-François D’Aguesseau, *Œuvres complètes du Chancelier D’Aguesseau*, Tomo X, Paris, Fantin et cie., Nicolle et de Pelafol, 1819, p. 19.

<sup>32</sup> Por ejemplo: René De La Bigotière, *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont dans les fonctions publiques*, Paris, A. Dezallier, 1696; Louis Lassere, *L’art de procéder en justice ou la science des moyens judiciaires nécessaire pour découvrir la vérité ; tant en matière Civile que Ciminelle*, Primera edición, Paris, Bobin et Le Gras, 1676; Bernard de La Roche-Flavin, *Treze livres des parlemens de France*, Bordeaux, Simon Millanges, 1617.

<sup>33</sup> La prevención es un medio utilizado por los jueces reales desde los primeros Capetos para “apropiarse” del conocimiento de casos en los cuales son en principio competentes jueces considerados inferiores (reales, señoriales o eclesiásticos), en razón principalmente de la inacción o de la celeridad que implica la gravedad del caso.

fundamenta en la “competitividad” y la “envidia natural” entre las jurisdicciones<sup>34</sup>.

La doctrina procedimental considera a la organización judicial como un orden casi imposible de sobrepasar debido al debilitamiento que eso podría generar en la veracidad de sus decisiones<sup>35</sup>. Este interés por la “objetividad” en la administración de justicia puede constatarse igualmente en la importancia que los juristas otorgan a las formas de la instrucción.

## 2.2. Las formas de la instrucción, el “alma del proceso”

La fórmula del título se encuentra en varios textos de la doctrina procedimental<sup>36</sup>. El proceso de recopilación de la información relativa al juicio debe necesariamente seguir las formalidades en los trámites que el derecho impone –principalmente las ordenanzas reales y los estilos de procedimiento de las cortes soberanas de justicia. Más concretamente, las formalidades se presentan en el interrogatorio a las partes o al acusado en materia criminal, en la recopilación de testimonios, en las formalidades de los documentos, las sanciones y nulidades por vicios de forma, etc.<sup>37</sup>

En el momento de la instrucción el juez juega el papel central del proceso. La primera formalidad en el momento de la instrucción está relacionada con la imparcialidad del juez. Si la “competencia” y la “incompetencia” del juez en el sentido procedimental se presentan como una formalidad que se debe respetar, la doctrina –siguiendo la tradición del *Ius commune*– no las identifica nunca con la recusación:

“Hay una diferencia entre la recusación y la incompetencia, e incluso la evocación, por cuanto estas tienden a despojar el Tribunal entero del conocimiento de un pro-

---

<sup>34</sup> “Mémoire sur la compétence et la prévention des Baillis et Sénéchaux, en matière criminelle, vis-à-vis des Prévôts des Maréchaux”, en: Henri-François D’Aguesseau, *Œuvres complètes du Chancelier D’Aguesseau*, Tomo IX, *op. cit.*, pp. 304-305.

<sup>35</sup> La afirmación del abogado Simon Marion al final del Siglo XVI así lo ilustra: “El juez está tan constreñido a la forma pública de las pruebas, *quae inducit veritatem juris*, que no puede al contrario seguir *veritatem facti* el testimonio de su propia conciencia, ni preferir la ciencia de la que dispone como persona a la ciencia de la que dispone como juez”. Simon Marion, *Plaidoyez et avis sur plusieurs grands et importants affaires*, Paris, Bouillerot, 1625, citado en: Marie-France Renoux-Zagamé, “Ordre judiciaire et vérité du droit : le plaidoyer de l’avocat général d’Aguesseau dans l’affaire La Pivardière (1699)”, *Droits*, vol. 33, n° 1, 2001, p. 53.

<sup>36</sup> Por ejemplo : Pierre Ayrault en la obra precitada. Gérard de Maynard califica también la instrucción y la indagación como “el alma del proceso” (Gérard de Maynard, *Notables et singulieres questions du droit escrit. Decises ou prejugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose*, Paris, Fouet, 1603, p. 309v°). Claude Lebrun de La Rochette lo afirma igualmente: “el Juez da el fundamento de su sentencia conforme a la indagación, una vez las cosas han sido verificadas” (Claude Lebrun de La Rochette, *Le proces civil et criminel divise en cinq livres. Contenant en tables abregées la Methodique liaison du Droict & de la Pratique Judiciaire*, Rouen, L’Oyselet, 1619, p. 103.

<sup>37</sup> El estudio sobre la práctica judicial angevina en materia criminal de Stéphanie Blot-Maccagnan ilustra precisamente el uso que las partes daban a las formalidades dentro de la estrategia de defensa. Stéphanie Blot-Maccagnan, *Procédure criminelle et défense de l’accusé à la fin de l’Ancien Régime. Etude de la pratique angevine*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2010. Sobre la etapa de la instrucción definitiva: p. 153-169.

ceso criminal, la recusación no recae sino en la persona del juez; de tal suerte que, si ella se encuentra justificada, no debe tener otro efecto que el remplazo del juez por otro del mismo tribunal”<sup>38</sup>

No obstante, la razón dogmática es análoga, ya que, según lo dicho por Géraud de Maynard: “todo conduce a un verdadero y justo conocimiento de causa que permite producir sólidos y verdaderos efectos de Justicia Cristiana”<sup>39</sup>. La recusación<sup>40</sup> es considerada en su aspecto deontológico, ya que los autores la conciben como un deber del juez de protección del orden judicial, y no como una forma de defensa del justiciable:

“Un juez que es verdaderamente un hombre de bien, debería él mismo alejarse [del proceso] con la sola solicitud de recusación, incluso si considera que ella no será aceptada por falta de fundamentos, y que la recusación no sea un pretexto injusto para dilatar el juicio y excluir el juez sin ninguna razón; ya que él debe evitar favorecer la injusticia y la mala fe.”<sup>41</sup>

La doctrina procedimental también insiste en la importancia de las formalidades que permiten verificar la autenticidad de los actos realizados en la instrucción, ya que considera que lo que está en juego es la legitimidad de la justicia. Así, las formalidades desvelan la verdad “objetiva” que justifica las medidas contrarias a la libertad de un súbdito justiciable:

“La forma es tan esencial a la manera de administrar [la justicia], que sin dicha forma la Justicia pierde su nombre y no es más que un poder arbitrario y una precipitación del Juicio [...]. No basta que el Juez sepa por sí mismo, como persona privada, la verdad de los hechos; es necesario también que dicha verdad se manifieste siguiendo ciertas reglas.”<sup>42</sup>

Siguiendo la misma lógica, René de La Bigotière objeta la posibilidad de que los jueces puedan transgredir las formas de la justicia, sobre todo en materia criminal:

“La formas que han sido introducidas deben ser guardadas religiosamente, y los jueces no pueden suplirlas, porque los hechos solo pueden ser esclarecidos por dichas

---

<sup>38</sup> Pierre-François Muyart de Vouglans, *Les loix criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot-Crapart-Morin, 1780, p. 491.

<sup>39</sup> Gérard de Maynard, *Notables et singulieres questions du droit escrit. Decises ou prejugees par arrests memorables de la Cour Souveraine du Parlement de Tholose*, op. cit. p. 54vº.

<sup>40</sup> Sobre el tema, ver el estudio histórico que muestra la elaboración medieval de la deontología judicial respecto a la imparcialidad de: Boris Bernabé, *La récusation des juges: étude, médiévale, moderne et contemporaine*, Paris, LGDJ, 2009.

<sup>41</sup> Guy du Rousseaud De La Combe, *Traité des matières criminelles, suivant l’Ordonnance du mois d’août 1670*, Paris, Le Gras, 1768, p. 151.

<sup>42</sup> Daniel Jousse, *Nouveau commentaire sur l’ordonnance civile du mois d’avril 1667*, Tome I, Paris, Debure, 1769, p. vi-vii del prefacio.

formas, y sobre los cuales la prueba forja la decisión principal, en cambio las cosas relativas a los casos civiles se suplen con las apariencias [...]<sup>43</sup>

Es curioso que el resultado del proceso, es decir, la decisión de justicia en sí misma, es secundaria para los autores que tratan el procedimiento. Para ellos, el fondo de la decisión siempre tiene un grado de arbitrio judicial<sup>44</sup>, pues depende de una decisión *a priori* discrecional del juez: “es por esto por lo que los autores llaman [a la instrucción] el alma del proceso, y que le dan preferencia frente al juicio: este último es de algún modo arbitrario y depende de la voluntad del juez; en cambio, la instrucción es necesaria y de ley”<sup>45</sup>. Esta falta de interés en el desenlace del proceso revela la importancia de las formas: la decisión justa “saltará a los ojos” en el momento en que las formalidades judiciales sean respetadas –y de contera las libertades del justiciable. Así, evitar la destrucción de los medios por los cuales la verdad es descubierta –y la justicia rendida– es el elemento principal de la idea de respeto de las formalidades. En palabras de Muyart de Vouglans:

“La omisión [de las formas de la instrucción] tiende nada menos que a favorecer la impunidad de los crímenes, ocasionando el debilitamiento de las pruebas: ya sea para el particular que ha sido víctima del crimen, porque lo priva de la justa reparación a la que tiene derecho [...]; y, finalmente, para el juez mismo, porque lo obliga a asumir los gastos de una nueva instrucción, además de los perjuicios de los que es responsable frente a las partes.”<sup>46</sup>

En lo que respecta a las pruebas, el principal problema consiste en la constatación de conformidad con la verdad. Pero esta última solo puede ser constatada en la medida en que los actos son conformes a las formas exigidas:

“Los actos escritos tienen fuerza probatoria solamente cuando son realizados conforme a las formas que las leyes prescriben. La razón es que dichas formas son la precaución necesaria para darles efecto a los actos que posteriormente servirán de pruebas, y son las marcas a través de las cuales las leyes nos permiten reconocer y distinguir los actos que ellas consideran pruebas y los que ellas rechazan.”<sup>47</sup>

---

<sup>43</sup> René De La Bigotière, *Du devoir des juges et de tous ceux qui sont dans les fonctions publiques*, op. cit., pp. 275-276.

<sup>44</sup> Se trata en efecto de un adjetivo calificativo usual en la doctrina procedimental, sin ninguna connotación negativa, como lo explica Jean-Marie Carbasse: Jean-Marie Carbasse, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, Paris, PUF, 2014, p. 236-244.

<sup>45</sup> Pierre-François Muyart de Vouglans, *Institutes au droit criminel ou principes généraux en ces matières*, op. cit., p. 217.

<sup>46</sup> Pierre-François Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France, dans leur ordre naturel*, Paris, Merigot-Crapart-Morin, 1780, p. 610.

<sup>47</sup> Jean Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Tomo II, Livre II, Paris, Auboin-Emery-Clouzier, 1697, p. 362.

En este sentido, el incidente por falsedad de una prueba –*inscription en faux*– es un procedimiento que revela las exigencias de la instrucción. En efecto, dicho incidente exige unas formalidades meticulosas, aún más teniendo en cuenta que la falsedad está íntimamente ligada a la posibilidad de ocultar la verdad<sup>48</sup>. En materia de recolección de testimonios, cuando se trata del incidente por falsedad, Pierre Brunet de Gradmaison recomienda que el juez:

“En dicha materia, no debe precipitar el juicio con una instrucción hecha a la ligera; y aunque sea importante castigar el crimen, es más importante buscar escrupulosamente la verdad, para no exponerse al azar de perder un inocente”<sup>49</sup>.

Para la doctrina procedimental, el respeto de las formas de la instrucción implica asimismo una deontología de los abogados y procuradores. En tanto que actores centrales del proceso –el abogado en materia civil, el procurador en materia criminal–, ambos son alentados e incluso exhortados a seguir las formas legales. Los primeros son frecuentemente conminados a guardar las formas principalmente en sus alegatos<sup>50</sup>; los segundos son quienes conocen los “resortes secretos del procedimiento” y por ello deben evitar las artimañas<sup>51</sup>.

---

<sup>48</sup> La ordenanza de julio de 1737 es prolija en artículos. La doctrina es igualmente prolija en comentarios: Robert-Joseph Pothier, *Traité de la procédure civile*, en : *Œuvres posthumes de M. Pothier*, Tomo III, Orléans-Paris, Massot-Barrois, 1778, pp. 333-346; François Serpillon, *Code du faux, ou Commentaire sur l'ordonnance du mois de juillet 1737*, Lyon, Regnault, 1774 ; Jean-Antoine Soulatges, *Nouveau code du faux, ou l'esprit de l'ordonnance du mois de juillet 1737...*, Toulouse, Rayet, 1780; *Traité du faux, ou l'Ordonnance de France du mois de Juillet 1737, concernant le Faux Principal & Incident, & la Reconnaissance des Ecritures & Signatures en Matière Criminelle : Conférée avec les Ordonnances de Lorraine, réduite en pratique et stile*, Bar-le-Duc, Briflot, 1757.

<sup>49</sup> Pierre Brunet de Gradmaison, *Dictionnaires des Aydes ou les dispositions, tant des ordonnances de 1680 et 1681, que des Règlements rendus en interprétation jusqu'au présent...*, Paris, Prault, 1750, p. 255.

<sup>50</sup> En particular a partir de la ordenanza de 1535. Nicolas Decrusy, François-André Isambert, Athanase-JeanLéger Jourdan, *Recueil général des anciennes lois françaises depuis l'an 420 jusqu'à la Révolution de 1789 : contenant les principaux monumens des mérovingiens, des carolingiens et des capétiens, et le texte des ordonnances, édits, déclarations, lettres patentes, règlements, arrêts du conseil... de la troisième race, qui ne sont pas abrogés, ou qui peuvent servir, soit à l'interprétation, soit à l'histoire du droit public et privé, avec notes de concordance, table chronologique et table générale analytique et alphabétique des matières*, Tomo XII, Paris, Plon, pp. 457-461. Ver por ejemplo el discurso de Gabriel de Glatigny: “Para aquellos a quienes su afortunada disposición exhorta a las brillantes funciones de defensa, que reflexionen: si su ministerio es diferente del ministerio de los jueces, él se reúne en la misma finalidad que es descubrir la verdad [...] y desenmascarar la mentira. Para realizar esto, que sus alegatos sean simples, inocentes, elegantes; que el arte no escamotee la verdad; que el empeño por proteger los intereses de su defendido sea medido por la ciencia, la rectitud y el respeto que deben a los jueces”. Gabriel De Glatigny, *Œuvres posthumes...*, Lyon, Frères Duplain, 1757, p. 19. Sobre la deontología de los abogados: Jean-François Bregi, “Les règles de la profession d'avocat dans l'ordonnance d'octobre 1535”, *Revue de la société internationale d'histoire de la profession d'avocat*, n° 4, 1992, pp. 143-171.

<sup>51</sup> “Son ustedes quienes, a través de los secretos del procedimiento, animan el curso de la justicia [...]. Las diferentes formalidades deben ser empleadas solamente para ayudar a iluminar la verdad frente a la oscuridad con que las mentiras pretenden ocultarla; ellas tienen entre sus manos los primeros destellos que hará brillar la justicia de su causa a los ojos del juez, utilicenlas solamente para mostrarle las trampas que la chicana tiende a su religión”. Gabriel de Glatigny, *Œuvres posthumes...*, op. cit., pp. 19-20.

Ambos son insistentemente requeridos, en su calidad de auxiliares de la justicia, para descubrir la verdad.

El elogio de las formas judiciales presente en la doctrina procedimental del Antiguo Régimen busca principalmente mostrar una administración de justicia capaz de desvelar una verdad “objetiva”. Es en este sentido que el procedimiento y las formalidades judiciales se presentan como una garantía de las libertades de los particulares, a pesar de que esta idea no es objeto de una reflexión específica. Este discurso continúa en la pluma de ciertos autores hasta la víspera de la Revolución Francesa –principalmente en Muyart de Vouglans, quien ha sido calificado de “anti-Beccaria”<sup>52</sup>. No obstante, el elogio de las formas se centra en una dimensión diferente a mediados del Siglo XVIII, basada en la libertad individual.

### **III. LA LIBERTAD SUBJETIVA A TRAVÉS DEL “DERECHO A” LAS FORMAS JUDICIALES<sup>53</sup>**

Las fuentes doctrinales demuestran que el giro del pensamiento jurídico relativo al procedimiento y a las formas judiciales se sitúa en la segunda mitad del Siglo XVIII. Esta inflexión consiste en que los juristas comienzan a considerar las formas judiciales –principalmente contenidas en las leyes– como la garantía por excelencia de la libertad subjetiva de los individuos. La complejidad del procedimiento es concebida como una protección de la seguridad personal de los particulares (3.1.), que se desarrolla hasta prefigurar la idea del derecho al “debido proceso” (3.2.).

#### **3.1. La seguridad de los ciudadanos a través de la complejidad de las formas**

A pesar del sueño de unidad jurídica de la corona, el discurso relativo a la defensa de las libertades históricas del pueblo francés está plagado de particularismos<sup>54</sup>. En términos del procedimiento, los particularismos judiciales se traducen en una extrema complejidad del sistema judicial –también criticada de manera general por la doctrina procedimental<sup>55</sup>. Sin embargo, Montesquieu es el primer autor

---

<sup>52</sup> André Laingui, “P.F. Muyart de Vouglans ou l’anti-Beccaria (1713-1791)”, *Archives de Philosophie du Droit*, Tomo 39, 1994, pp. 169-179. No obstante, en ciertos aspectos, la obra de Muyart de Vouglans adopta la semántica que tiende a subjetivizar las formalidades como derechos de los justiciables.

<sup>53</sup> Como se puede colegir de la sección precedente, la expresión “derecho a las formas” hace referencia en el contexto de este artículo a los trámites y de manera general a las formalidades procedimentales del proceso judicial.

<sup>54</sup> Por un lado, el discurso de la nobleza, en la pluma de Henry de Boulainvilliers; por otro lado, el discurso de la magistratura (Montesquieu principalmente, y también las *remontrances* de los parlamentos de provincia). Sin contar los innumerables privilegios debido a la pertenencia a un orden de la sociedad, del territorio, de la función pública ejercida, de la pertenencia a una corporación, etc.

<sup>55</sup> En el Siglo XVIII, el diagnóstico del *Dictionnaire de Brillouin* es particularmente elocuente: “Nada es más difícil que describir exactamente el estado de los tribunales en Francia [...]; de determinar incontestablemente su territorio, su atribución y su consistencia. Los estados, las ciudades, la

político-jurídico que relaciona la producción legislativa con una idea de la libertad individual. Para el autor, la función principal de las leyes, y de manera más general el derecho objetivo, relativas al procedimiento y a las formalidades de la justicia es garantizar la libertad de los ciudadanos: “Las penas, los gastos, la lentitud, los peligros mismos de la justicia, son el precio que cada ciudadano paga por su libertad”<sup>56</sup>. Montesquieu es, así, el primer autor en afirmar que la complejidad de los procedimientos permite a los ciudadanos percibir positivamente su seguridad personal y, finalmente, la libertad individual.

Una parte de la literatura procedimental ulterior secunda e ilustra de manera más concreta la afirmación teórica de Montesquieu. La idea principal es que las formas judiciales son “garantías individuales” –principalmente en materia criminal–, y está ligada a la crítica creciente del régimen de la monarquía absoluta vigente en la época. Un ejemplo de esta relación es la opinión de Jean Hyacinthe de Bouteiller: “En los estados moderados, [las formas] se multiplican debido al precio que otorgamos a la seguridad, a la libertad, a la propiedad de cada ciudadano. La abolición de las formas ha sido siempre el primer deseo del poder absoluto”<sup>57</sup>. Una argumentación casi idéntica se desarrolla en las cortes soberanas de justicia, como por ejemplo la *Cour des Aides*<sup>58</sup> parisina bajo la presidencia del magistrado Lamoignon de Malesherbes:

“Si, por una parte, las formalidades establecidas en los tribunales de justicia conllevan cierto retraso en la decisión; por otra parte, ellas ponen al ciudadano en estado de defender sus intereses, y a los jueces decidir con conocimiento de causa. Abrigados por estas formalidades, [los súbditos] no tememos ni las sorpresas ni los juicios, ni el peligro casi cierto que tomamos cuando participamos a las decisiones.”<sup>59</sup>

En términos de garantías individuales, la magistratura francesa de la época de la Ilustración centra su argumentación en el respeto de las formas jurídicas como forma de protección del honor de los súbditos<sup>60</sup>. Este giro hacia un aspecto psicológico muestra que la libertad incluye un elemento subjetivo. Así, el contenido de las normas procedimentales y su aplicación deben tener en cuenta dicho aspecto, y no contentarse con la sola justificación de “descubrimiento de la verdad” judicial

---

legislación, la administración, la justicia, todo tuvo un principio frágil progresos lentos y oscuros; todo se tiene en su conjunto; pero ¿cuál es el orden?”. *Dictionnaire de jurisprudence et des arrêts, ou Nouvelle édition du Dictionnaire Brillouin*, Tome III, , Lyon, De La Roche, 1781-1788, p. 4.

<sup>56</sup> Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, Libro VI, capítulo II.

<sup>57</sup> Jean-Hyacinthe De Bouteiller, *Examen du système de législation établi par les Edits du mois de mai 1788*, [s.l.n.], 1788, p. 12.

<sup>58</sup> Las *Cours des Aides* son las jurisdicciones soberanas encargadas de los procesos contenciosos en materia fiscal.

<sup>59</sup> *Mémoires présentés par MM. Les Gens du Roi a M. le CHANCELIER, concernant les Evocations & les Commissions extraordinaires*, en : *Mémoires pour servir à l'histoire du droit public de la France en matière d'impôts ou recueil de ce qui s'est passé de plus intéressant à la Cour des aides depuis 1756 jusqu'au mois de juin 1775*, Bruselas, [s.n.], 1779, p. 27.

<sup>60</sup> Sobre este punto, ver nuestra tesis doctoral: Juan Manuel Hernández Vélez, *La procédure, matrices des libertés anciennes: aux origines du droit au procès*, op. cit., pp. 229-251.

que otrora bastaba. El parlamento de París así lo afirma en sus *remonstrances* dirigidas a Louis XV de 1759:

“La inejecución de las leyes siempre ha sido percibida como contraria a los verdaderos intereses del Soberano, a los derechos de la nación y al derecho de todo Estado civilizado [*policé*]. No obstante, dichas leyes son violadas, Señor –las que protegen los ciudadanos contra las delaciones oscuras y las vías irregulares del poder absoluto, las leyes cuya observancia es el fundamento más sólido de la autoridad de los reyes–, todas las veces que, mediante golpes devastadores y súbitos recibidos con más frecuencia por los inocentes que por los culpables [...], los acusados se encuentran privados tanto del derecho de ser escuchados como del derecho de conocer las inculpaciones de las que se les acusa. En efecto, Señor, está inscrito en nuestro orden jurídico y en el derecho natural que todo acusado culpable o inocente se someta a una instrucción completa del delito que le es imputado; solo ella puede conducirlo a la convicción judicial, a la pena regular o al descargo.”<sup>61</sup>

A pesar de que este argumento se focaliza en el sujeto de derechos, el discurso de la magistratura del antiguo régimen no se fundamenta en una visión contractualista del poder político en la que el individuo es la partícula elemental del pacto social<sup>62</sup>. En cambio, otros autores que hacen parte de la doctrina reformista de la segunda mitad del Siglo XVIII fundamentan sus reflexiones en la idea de un contrato primigenio entre los individuos. Entre ellos Joseph Servan, quien afirma que:

“[...] Una ley criminal no es más que un compromiso adquirido por cada Ciudadano respecto a todos los otros, de someterse a ciertas penas en todos los casos que cometiera delitos; es cierto entonces que un Ciudadano culpable ha determinado de antemano la pena de su crimen, y el Magistrado que se lo ha demostrado puede decirle, mostrándole la ley: yo no soy tu juez, es la ley que te condena, o más bien tú mismo te condenas por la ley que has reconocido.”<sup>63</sup>

La influencia del pensamiento de Rousseau es patente en la citación precedente. Igualmente, y por las mismas razones, Joseph Servan considera que todos los ciudadanos deben interesarse, como actores y participantes en la elaboración de la ley y de las formalidades de la justicia en materia criminal, debido principalmente al grado de precisión que dichas leyes exigen:

“Las leyes criminales deben ser lo suficientemente extensas y precisas; precisas con el fin de separar los objetos; extensas para desarrollar cada uno de ellos; ya que los

---

<sup>61</sup> *Remonstrances* del parlamento de París del 4 de abril de 1759, Jules Flammermont et Maurice Tourneux, *Remonstrances du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Tomo II, *op. cit.*, p. 180.

<sup>62</sup> Ver sobre este punto: Elina Lemaire, *Grande robe et liberté: la magistrature ancienne et les institutions libérales*, *op. cit.*, p. 22-42.

<sup>63</sup> Joseph-Michel-Antoine Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, Genève, [s.n.], 1767, pp. 112-113.

detalles que son superfluos en otras leyes, son indispensables en las leyes criminales, porque las acciones son mucho más difíciles de determinar que los derechos; y porque hay que describir las primeras para poder definir los segundos.”<sup>64</sup>

Guillaume Le Trosne, autor adherente al pensamiento fisiócrata, expresa las mismas ideas e insiste en la importancia de las formas para garantizar la imparcialidad del juez:

“Es entonces frente a la Ley que el acusado se defiende de la Ley [...] y no contra las personas que la Ley, forzada a emplear contra el acusado el ministerio humano, ha establecido como el orden de instrucción más propicio para esclarecer la verdad y evitar la sorpresa. El acusado se defiende delante de un Tribunal que le promete la misma imparcialidad, que no ha sido compuesto para él, que la Ley designa y confirma, que su domicilio o el lugar de los hechos le otorgan. Si el acusado tiene motivos justos para recusar uno de los jueces, puede hacerlo: la Ley, que es siempre justa, ha previsto la posibilidad de apartar de los Tribunales toda sospecha de parcialidad y ha querido que el acusado –ocupado en su defensa, agobiado por su infortunio–, esté tranquilo al lado de sus jueces, y no tenga miedo de los efectos de la prevención o del odio.”<sup>65</sup>

Un *mémoire* anónimo de 1780 muestra, por su parte, la importancia de la complejidad de las formalidades en tanto que garantías de los individuos, al punto de detallar la relación entre las diferentes etapas del proceso y la libertad:

“Un cuarto axioma, es que es necesario no solamente que la seguridad y la libertad del ciudadano sean conservadas, sino también su honor y reputación; mientras no sea juzgado culpable, o mientras las conclusiones del ministerio público no tienden a la condenación a pena afflictiva, todos tenemos deberes frente al acusado debido a su persona, de su rango, de su estado. Las recusaciones de los jueces, las confrontaciones, la colecta de pruebas que tienen por fin de abrir al acusado una vía para defenderse y establecer su inocencia, la recusación de los testigos en su contra, la posibilidad de acudir en ciertos casos a un consejo jurídico [abogado], la admisión de hechos justificativos que descargan al acusado, las conclusiones por escrito selladas y sin motivos –para que los motivos no formen ningún prejuicio en el espíritu del juez–, la prescripción que comienza a partir del día de la comisión de los hechos y no a partir del día de su descubrimiento, la Ley que ordena a los jueces que en caso de opinión dividida, tomen partido por la opinión más benigna para el criminal, en fin, el principio que no permite de renovar una acción terminada por un juicio definitivo según el adagio *non bis in idem*; tantas precauciones

---

<sup>64</sup> Joseph-Michel-Antoine Servan, *Discours sur l'administration de la justice criminelle*, op. cit., p. 113.

<sup>65</sup> Guillaume Le Trosne, *Vues sur la justice criminelle. Discours prononcé au Bailliage d'Orléans*, Paris, Debure, 1777, pp. 32-33.

demuestran cuáles son los fundamentos de nuestra Legislación, que son la Justicia y la Clemencia.”<sup>66</sup>

Si buena parte de los discursos precedentes arguyen que las formalidades vigentes de la época –principalmente en la ordenanza relativa al procedimiento criminal de 1670<sup>67</sup>– son desfavorables para el acusado, otros afirman, por el contrario, que la complejidad del procedimiento criminal vigente es una manera de proteger la libertad del justiciable. Jean Blondel, al igual que otros criminalistas del siglo XVIII, refiere principalmente las nulidades procesales: “una parte de los medios que pueden ser usados en favor de los acusados son precisamente los que nacen de la contravención de las formas prescritas”<sup>68</sup>.

Así, la afirmación abstracta de Montesquieu sobre la complejidad del procedimiento se transforma gradualmente en un argumento central de los juristas reformadores. Dicha argumentación, a la imagen de la lista de formalidades evocadas en el texto anónimo precitado, prefigura la lista de “derechos” que tienen los individuos dentro de un proceso de justicia.

### **3.2. El esbozo de un “derecho al proceso”**

En los últimos años del Antiguo Régimen el discurso relativo al procedimiento se inclina casi exclusivamente por la idea de un “derecho (subjetivo) a las formas jurídicas”. Los abogados litigantes, por la misma naturaleza de su trabajo, hacen hincapié en la idea según la cual las formalidades del proceso son una garantía *contra* las arbitrariedades del poder público<sup>69</sup>. Este derecho a las formas de la justicia es un derecho natural que reside en cada individuo y que el poder soberano no puede transgredir. Incluso frente a prácticas recurrentes de la monarquía como las comisiones de justicia, los juristas consideran que su instauración debe de todas maneras preservar los derechos del acusado. Es, por ejemplo, la opinión de Daniel Jousse:

“La obligación de oír al acusado procede de una justicia natural, y de una razón de equidad que nace con nosotros de manera inmutable, y que desde el origen del mundo ha sido adoptada por todos los hombres. La privación de este derecho al acusado no depende en absoluto de un Príncipe o de un Soberano. Por esta razón, el Príncipe

---

<sup>66</sup> *Extraits de Différens autres Mémoires envoyés à l'Académie, sur la même Question*, en: *Les moyens d'adoucir la rigueur des loix pénales en France sans nuire à la sûreté publique...*, Chalons-sur-Marne, Seneuze, 1781, p. 8 del texto (folio 529 del documento).

<sup>67</sup> Ver sobre este punto nuestra tesis: Juan Manuel Hernández Vélez, *La procédure, matrice des libertés anciennes: aux origines du droit au procès*, op. cit., pp. 282-303.

<sup>68</sup> Jean Blondel, *Discussion des principaux objets de la législation criminelle...*, Paris, Baudoin, 1789, p. 62. Sobre la doctrina y el uso de las nulidades procesales como garantías judiciales, ver: Antoine Astaïng, *Droits et garanties de l'accusé dans le procès criminel d'Ancien Régime XVI<sup>e</sup> et XVIII<sup>e</sup> siècles : Audace et pusillanimité de la doctrine française*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, pp. 71-184.

<sup>69</sup> Sobre el papel de los abogados en la esfera pública como portavoces de un discurso político, ver: David A. Bell, *Lawyers and citizens : the making of a political elite in Old Regime France*, New York-Oxford, Oxford University Press, 1994.

que instaure una comisión para llevar el proceso de alguien sin ninguna solemnidad no puede excluir la citación y la defensa del acusado.”<sup>70</sup>

En ese sentido, la intervención del orden judicial es sobre todo perjudicial para los individuos, no necesariamente para el desarrollo del proceso en sí y de su finalidad (esto es, la producción de una decisión que tiene valor de verdad). Antoine-François-Claude Ferrand así lo afirma en su obra *Accord des principes et des loix, sur les évocations, commissions et cassations* de 1789, al denunciar los riesgos que producen las modificaciones del orden judicial en los individuos:

“En pocas palabras, la protección de la fortuna, de la libertad, de la vida, del honor de los ciudadanos, [es] reducida a un tema banal que no nos sonroja profanar; esos son los efectos funestos de la intervención del orden judicial, esos son los delitos por los que tiembla, en este mismo instante, la mano que los describe.”<sup>71</sup>

Por supuesto, este “derecho a las formas” de la doctrina reformista tiene una dimensión política que es, por lo demás, compartida con la magistratura de la época, aun cuando los fundamentos filosóficos no convergen<sup>72</sup>. En efecto, el respeto de las formas, transformado en “derecho a”, es el principal fundamento de la crítica a las arbitrariedades del rey o ministeriales, de las cuales las *lettres de cachet* son el ejemplo vívido<sup>73</sup>. La concepción subjetiva del procedimiento se encuentra con el discurso contestatario de la magistratura precisamente en los momentos de conflicto entre la corona y las cortes soberanas de justicia, como lo muestran las *remonstrances* del parlamento de Nancy del 12 de enero de 1788 o del parlamento de París del mismo año<sup>74</sup>.

---

<sup>70</sup> Daniel Jousse, *Traité de la justice criminelle de France*, Tomo I, Paris, Debure, 1771, pp. xxii y xxiii del prefacio.

<sup>71</sup> Antoine-François Claude Ferrand, *Accord des principes et des loix, sur les évocations, commissions & cassations*, [s.l.n.], 1789, p. 3.

<sup>72</sup> La doctrina reformista está claramente influenciada por las corrientes contractualistas y jusnaturalistas de la época; la doctrina de la magistratura, por su parte, evita toda referencia a dichas corrientes.

<sup>73</sup> Sobre la argumentación parlamentaria: Julian Swann, “Les parlementaires, les lettres de cachet et la campagne contre l’arbitraire de la justice au XVIII<sup>e</sup> siècle”, *Les parlements et les Lumières*, Olivier Chaline (dir.), Pessac, Maison des sciences de l’homme Aquitaine, 2012, pp. 179-196. Sobre la argumentación de los autores reformistas: Honoré-Gabriel Riquetti De Mirabeau, *Des lettres de cachet et des prisons d’État*, Hambourg, 1782; Pierre-Louis De Lacretelle, *Mémoire pour le comte de Sanois, Ancien Aide-major des Gardes Françaises, sortant de Charenton, où il a été détenu pendant neuf mois ; contre ses accusateurs*, Paris, Simon, 1786.

<sup>74</sup> “Si estas formas pudieran ser desconocidas o arbitrariamente pasadas por alto, si la autoridad sorprendida pudiera substituir la Ley, y usurparle su imperio, la libertad civil sería destruída. Lesionados en el primero de sus derechos, los Ciudadanos temerán por sus propiedades, por su honor y por su vida [...]. La Monarquía sería una fachada; y el poder arbitrario, que habrá corrompido el principio del gobierno, preparará la ruina y la destrucción”. *Remonstrances du parlement de Nancy, arrêtées le 12 janvier 1788, sur les ordres d’exil & lettres de cachets*, Bibliothèque Municipale de Lyon, 1788, p. 3. Es de notar el uso de la noción de “libertad civil”, que prueba que la magistratura adhiere a las semánticas de los autores reformadores. En lo que respecta al parlamento de París, su *remonstrance* del 3 de mayo de 1788 afirma la importancia del derecho a la libertad y la limitación

Los alegatos de ciertos abogados, a pesar de ser por su naturaleza textos “de circunstancia” sin pretensiones teóricas, revelan también una retórica contestataria que pretende en ocasiones apelar al respaldo popular. Simon Linguet, por ejemplo, en un alegato que ataca la práctica de las evocaciones y la existencia del privilegio de *committimus*<sup>75</sup> utiliza justamente este tipo de argumentación “popular”:

“Probaré que si hay algunos que han sido acordados con sabiduría [refiriéndose a los privilegios de *committimus*], son muy escasos y las razones que los motivaron ya no existen más. Demostraré que ellos chocan la razón, la Justicia y todos los derechos conocidos por los hombres, que es un arma temible otorgada a la riqueza opresora contra la indigencia oprimida”<sup>76</sup>

La invocación del pueblo está ligada al discurso sobre la “constitución” del orden social y político (que será transformada lentamente en la “constitución del Estado”, jurídicamente hablando). Así, la noción de “leyes fundamentales del reino” (que supone un régimen constitucional que el soberano debe respetar) es ligada a las formalidades de la justicia, de tal suerte que de la suma de ambas resulta una garantía de orden “constitucional” frente al poder soberano. En este sentido, la pluma de los juristas críticos del procedimiento consagrado en la ordenanza criminal de 1670 es ilustrativa:

“He demostrado que la fuente de la mayor parte de los crímenes está menos en la maldad de los hombres, que en la imperfección de la constitución social; que debemos entonces concentrarnos en corregir dicha constitución y no ensañarnos contra los individuos [...]. He demostrado que, a veces criminal ella misma [la ordenanza criminal de 1670], debía estremecerse con las iniquidades que hemos cometido en su nombre, ya que, por un lado, violaba los derechos naturales del individuo que declaraba culpable de un crimen, y que, por otro lado, lo castigaba por las faltas que él estaba, en cierto modo, forzado a cometer.”<sup>77</sup>

---

necesaria de las *lettres de cachet*: “el derecho, sin el cual todos los otros derechos son inútiles, de no ser capturado, por medio de cualquier tipo de orden, sin ser enviado en el menor tiempo posible frente al juez competente”. Jules Flammermont et Maurice Tourneux, *Remontrances du parlement de Paris au XVIII<sup>e</sup> siècle*, Tome III, *op. cit.*, p. 746.

<sup>75</sup> El privilegio de jurisdicción *committimus* era acordado por el rey por intermedio de la cancellería real (privilegio *du grad sceau*) para que el privilegiado fuera juzgado por el tribunal *des requêtes de l’hôtel* o el tribunal *des requêtes du Palais*; o por intermedio de las cancellerías de los parlamentos de provincia (privilegio *du petit sceau*) para que el privilegiado fuera juzgado por la *chambre des requêtes* del parlamento de la provincia.

<sup>76</sup> Simon-Nicolas-Henry Linguet, *Nécessité d’une réforme dans l’administration de la justice et dans les lois civiles en France, avec la réfutation de quelques passages de L’Esprit des Loix*, Amsterdam, [s.n.], 1764, p. 53.

<sup>77</sup> Jacques-Pierre Brissot de Warville, *Les moyens d’adoucir la rigueur des lois pénales en France, sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l’Académie de Châlons-sur-Marne en 1780*, Châlons-sur-Marne, Paris, Seneuze-Desauges, 1781, pp. 108-109.

Además, en la corriente “reformista” de la doctrina procedimental, los elementos populares revelan el alcance y la nueva perspectiva que toma el elogio que hacen de las formas judiciales los juristas en el albor de la Revolución de 1789. Las *Observations concernant quelques modifications importantes à l’ordonnance criminelle* de Legrand de Laleu se enfocan por ejemplo en el derecho a un abogado:

“Es para los pobres, sobre todo, que traigo a colación el derecho imprescriptible de la naturaleza, solicitando que la comunicación del procedimiento esté al mismo tiempo acompañada de la ayuda de un Consejo que tiene el hilo del laberinto de las formalidades del cual el pueblo no conoce los desvíos [...]. Sé que aquellos que rechazan el Consejo en materia de Gran criminal, justifican su opinión diciendo que la facultad de defenderse de una acusación por intermedio de un abogado sería inconstitucional, inútil e incluso peligrosa; pero es fácil responderles [...]. No es cierto que exista una buena constitución política, republicana o monárquica, que repruebe aquello que no es un privilegio acordado por las leyes humanas, sino una libertad adquirida por el Derecho natural.”<sup>78</sup>

Un prurito de igualdad está entonces presente en las reflexiones previas a la Revolución. En efecto, la igualdad de las formas judiciales es un tema central que se declina en la crítica del sistema de privilegios jurisdiccionales existente<sup>79</sup>. El argumento del juez natural o del juicio por los pares evoluciona, puesto que, conjugado con la idea de ciudadanía, implica un tratamiento igualitario de los justiciables y está presente en autores como Mézard, Dupaty, Servan, Pétion o Bernardi<sup>80</sup>. Del mismo modo se encuentran los argumentos que se focalizan en

---

<sup>78</sup> Louis-Auguste Legrand de Laleu, *Observations concernant quelques modifications importantes, dont l’Ordonnance Criminelle paroît dès-à-présent susceptible*, “En France”, [s.n.], 1788, p. 12.

<sup>79</sup> Principalmente, pero no exclusivamente, en la crítica del privilegio de *committimus*.

<sup>80</sup> Por ejemplo: Joseph-Dominique-Elzéar Bernardi, *Essai sur les révolutions du droit françois..., suivi des vues sur la Justice Civile, ou projet de réformation dans l’administration de la Justice Civile*, Paris, Serviere, 1785, pp. 187-188. Bernardi ilustra sus argumentos desde un punto de vista histórico: “También hemos intentado muchas veces, en Francia y siguiendo las quejas de los Estados generales, reducir los *Committimus* a su intención primigenia. Los Cancilleres Briçonnet y Olivier los habían prohibido a todos los otros Oficiales de la Casa del Rey. Para prevenir más eficazmente el uso abusivo de los *Committimus*, el Canciller de l’Hôpital ordenó suprimir todas las *Chambres des Requêtes* que habían sido creadas de manera poco apropiada en los Parlamentos de las Provincias. Él dejó subsistir solamente las [*Chambres des Requêtes*] del Parlamento de Paris, en razón de su antigüedad. Pero todas estas sabias ordenanzas nunca fueron ejecutadas” (p. 188-189). Jérôme Pétion se refiere asimismo a la desigualdad generada por la jurisdicción del tribunal *des Requêtes du Palais y de l’hôtel* : “Dicho favor acordado por nuestros Soberanos a muchos de sus súbditos es una predilección. Cuando se trata de la justicia; no debe haber diferencias entre los súbditos”, Jérôme Pétion de Villeneuve, *Les loix civiles et l’administration de la justice, ramenées à un ordre simple et uniforme, ou Réflexions morales, politiques*, Londres, [s.n.], 1782, p. 246. El abogado Pierre-François Mézard es más explícito en sus críticas, ya que afirma que los privilegios de *committimus* “entorpecen el camino de la Justicia, molestan a las jurisdicciones de primera instancia, atentan contra el derecho que tiene cada individuo de presentarse frente a sus Jueces naturales; ellos [los privilegios de *committimus*] deben ser suprimidos”, Pierre-François Mézard, *Essai sur les réformes à faire dans l’administration de la justice, en France. Dédié aux Etats-généraux, par M. M\*\*. Avocat*, [s.l.n.], 1788, p. 71.

la “simetría” de las obligaciones procesales de las partes, y en materia penal, del acusador y el acusado. El tenor de dichos argumentos se acerca cada vez más, por lo demás, a la forma de las posteriores declaraciones de derechos:

“Todo hombre que es atacado tiene, por derecho natural, la facultad de defenderse. Las leyes civiles, que deben tomar siempre por modelo las leyes de la naturaleza, deben evitar atentar contra este derecho inalienable del hombre, ellas deben, al contrario, conservarlo íntegramente y corregir, a través de sus instituciones, la desigualdad que la diferencia en las facultades físicas o intelectuales podría poner entre quién ataca y quién es atacado. Así, cuando las leyes permiten a un hombre acusar a otro y le dan todas las facilidades posibles, deben también dar al acusado todos los medios posibles para defenderse.”<sup>81</sup>

Este tipo de reflexiones se extiende igualmente a las indemnizaciones debidas a los acusados en procesos en los que las formas ordinarias fueren trasgredidas, como en el texto de Louis Philipon de la Madeleine titulado *Des moyens d’indemniser l’innocence injustement accusé et punie* de 1781<sup>82</sup>. En fin, la retórica igualitaria se encuentra también plasmada en los *cahiers de doléances* urbanos del tercer orden, como los de París, Rennes, Burdeos, entre otros<sup>83</sup>.

Un último punto que merece una reflexión en lo concerniente al cambio en el elogio de las formalidades judiciales es su relación con el lego-centrismo revolucionario. La idea de un procedimiento público y un consenso –y más aún, de un concierto– necesario entre el rey y la Nación para la elaboración de la ley hace de esta última la norma jurídica por excelencia. Los jueces son, en consecuencia, relegados a un rol automático frente al procedimiento judicial. Además, la ficción de la voluntad general –en la cual las voluntades individuales confluyen– otorga a la ley, en tanto que expresión de la participación de cada uno de los ciudadanos, el rol de protectora por excelencia de la libertad. Así, la ley ratifica la participación de cada ciudadano al perfeccionamiento de la libertad civil:

“Que los procedimientos que han sido enterrados en la oscuridad de las escribanías sean abiertos a todos los ciudadanos que se interesan en la suerte del condenado: ello será un aprendizaje para los ciudadanos y un freno para los jueces [...]. El juez debe limitarse a advertir al legislador que algo falta en su obra, y decir al culpable que no se ha comportado como un buen ciudadano, que ha violado los consejos que

---

<sup>81</sup> Jacques-Pierre Brissot de Warville, *Les moyens d’adoucir la rigueur des loix pénales en France, sans nuire à la sûreté publique, ou Discours couronnés par l’Académie de Châlons-sur-Marne en 1780*, op. cit., p. 171.

<sup>82</sup> Louis Philipon De la Madeleine, *Des moyens d’indemniser l’innocence injustement accusé et punie*, (s.n.l.), 1781.

<sup>83</sup> Sin embargo, es necesario precisar que esta semántica no es representativa de todos los *cahiers de doléances* de la época. Ver sobre este tema, nuestra tesis: Juan Manuel Hernández Vélez, *La procédure, matrices des libertés anciennes: aux origines du droit au procès*, op. cit., pp. 463-466.

le dio su razón, y que un hombre honesto no se permite hacer todo lo que las leyes no han prohibido.”<sup>84</sup>

Las consecuencias del lego-centrismo en materia procedimental son, sin embargo, hasta cierto punto paradójicas. La legislación revolucionaria, empezando por las constituciones de 1791, 1793 y 1795, se esmeran por declarar un “derecho a las formas” y lo ligan estrechamente a la protección de la libertad<sup>85</sup>. En materia penal, la legislación de la época es extremadamente detallada respecto a las formalidades y a la defensa del acusado<sup>86</sup>; en materia civil, por el contrario, los revolucionarios simplifican al máximo el proceso, instaurando un contencioso sin procedimiento<sup>87</sup>.

Los años tumultuosos de la Revolución dejaron pocas normas duraderas en materia procedimental, ya que el imperio de Napoleón se caracterizó por la producción sistemática de códigos que rápidamente modificaron una parte del legado revolucionario. No obstante, el momento revolucionario permitió la concreción de la idea de un derecho subjetivo ligado a las formalidades procesales y le dio un contenido, del cual incluso las constituciones menos “revolucionarias” no pudieron hacer caso omiso, tanto en lo que respecta a la producción de la norma –la cual fue ligada a la noción de *liberté politique*– como a su aplicación en los casos contenciosos –ligada a la noción de *liberté civile*. El contenido de esta última es, *mutatis mutandis*, lo que actualmente llamamos el “debido proceso”.

Enviado el (Submission Date): 09/02/2022

Aceptado el (Acceptance Date): 22/04/2022

---

<sup>84</sup> Gabriel Bonnot de Mably, *De la législation ou Principe des Lois*, en: *Œuvres complètes*, Tomo V, Paris, Delaunay, 1818, pp. 225-226.

<sup>85</sup> Ver sobre este tema, nuestra tesis: Juan Manuel Hernández Vélez, *La procédure, matrices des libertés anciennes: aux origines du droit au procès*, op. cit., pp. 470-474.

<sup>86</sup> Basta con mencionar las leyes del 19 y 22 de julio y del 16 y 29 de septiembre de 1791, las cuales no solo se contentan de detallar todo al máximo, sino que también lo justifican: “El respeto escrupuloso de los derechos individuales es uno de los primeros deberes de la legislación de un pueblo libre. No es suficiente que la Constitución garantice de manera general la libertad política, es necesario que todos los detalles de las instituciones secundarias protejan la libertad individual”. En: *Archives Parlementaires de 1787 à 1860, Première série (1787-1799)*, Tome XXXI, Jérôme Mavidal y Emile Laurent (dir.), Paris, Librairie Administrative P. Dupont, 1879, p. 649. No obstante, Robert Allen ha demostrado que buena parte del procedimiento instaurado en 1791 sigue los lineamientos del proceso del Antiguo régimen, como por ejemplo el rol de los denunciantes, la división entre el procedimiento preparatorio y el proceso y sus consecuencias en términos de la confrontación de los testigos, o incluso el secreto de los procedimientos previos al proceso propiamente dicho (como la audiencia de acusación), entre otros aspectos. Robert Allen, *Les tribunaux criminels sous la Révolution et l'Empire (1792-1811)*, Rennes, Presses Universitaires de Rennes, 2005, p. 29-34.

<sup>87</sup> Según la fórmula de Serge Dauchy, “La conception du procès civil dans le Code de procédure de 1806”, 1806 – 1976 – 2006. *De la commémoration d'un code à l'autre : 200 ans de procédure civile en France*, Cour de Cassation, Paris, Novembre 2006, p. 4. Disponible en: <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01135224/document> (consultado el 3 de febrero de 2022).