

# Poder, pena y verdad en la historia

Estudio sobre la genealogía  
de las culturas penales

Luis María Bunge Campos



ediciones**Didot**

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	19
1. Objeto y metodología	19
Historicidad del Derecho	22
Cultura penal y tradiciones jurídicas	25
2. Intentos de sistematización	28
Sistemas acusatorio e inquisitivo	28
Conceptualismo e intuicionismo en la obra de Nino	30
Ferrajoli: cognoscitivismo y decisionismo	31
El cognoscitivismo	32
El decisionismo	33
La verdad en Ferrajoli	33
Damaska y los modelos paritarios o jerárquicos	34
Marco conceptual que emplea Damaska	35
El ideal jerárquico	36
El ideal paritario	36
Justicia substantiva	37
Implicancias procesales del ideal jerárquico	37
Implicancias procesales del ideal paritario	38
Binder y las tradiciones	40
3. Metodología y plan de la obra	41

## LUIS MARÍA BUNGE CAMPOS

EL MUNDO ANTIGUO	45
1. La responsabilidad penal en los mundos griego y judío	45
El mundo griego	45
La concepción judía	49
2. El proceso penal en Roma	52
3. La monarquía	52
El <i>imperium</i>	53
La <i>cognitio</i>	55
4. La República	56
Las <i>quaestiones perpetuae</i> y los <i>iudicia publica</i>	58
Procedimiento en los <i>iudicia publica</i>	60
A propósito de los gigantes y pigmeos	63
5. El Principado	66
La jurisdicción imperial	67
La <i>cognitio extraordinem</i>	69
Un ejemplo de <i>cognitio extraordinem</i>	71
6. Conclusión	73
EL DERECHO GERMÁNICO	75
1. El Derecho germánico antiguo	75
La Germania de Tácito	76
2. Características del Derecho germano antiguo	77
Se trata de un derecho privado	77
La venganza de la sangre	78
La pérdida de la paz	80
La paz de la casa	82
3. La romanización del Derecho germánico, las <i>leges barbarorum</i>	83
Las <i>leges barbarorum</i>	84
Contenido de las leyes bárbaras	85
La composición	86

## PODER, PENA Y VERDAD EN LA HISTORIA

La Ley Sálica	87
Islandia	90
La responsabilidad objetiva	90
4. Conclusión	91
<b>LA ALTA EDAD MEDIA: UN DERECHO SIN ESTADO</b>	93
1. Comunidad y polifonía	94
El argumento de autoridad	100
2. Dios es mi juez. Las ordalías, el juramento y el duelo judicial	103
El juramento, entre sacramento y prueba	106
El duelo judicial, la razón de la fuerza	109
Las ordalías del fuego y del agua	115
3. El procedimiento. La carga de la prueba	117
4. El argumento de autoridad y los juicios de Dios	118
5. Críticas a las ordalías	119
<b>LAS DIMENSIONES DEL DERECHO EN LA EDAD MEDIA</b>	125
1. La dimensión teológica	125
Teología y Derecho	126
El sacramento de la confesión	128
El purgatorio	132
2. La dimensión intelectual: las universidades y la lógica medieval	135
El método escolástico	136
<i>Lectio, quaestio, disputatio</i>	138
La <i>disputatio</i> en la enseñanza del Derecho	142
3. La dimensión jurídica	146
Los glosadores	147
Los comentaristas	149
Graciano y el <i>decretum</i>	149
Las decretales de Gregorio IX	150
El <i>Ius commune</i>	153

## LUIS MARÍA BUNGE CAMPOS

EL NACIMIENTO DE LA INQUISICIÓN	155
1. La monarquía papal	155
La persecución de los disensos, las herejías	156
Los cátaros	158
Inocencio III, el vicario de Cristo	159
El principio de autoridad	163
3. El IV Concilio Laterano	164
Los cánones del IV Concilio laterano	165
El fin de las ordalías	168
Los cánones que definen al proceso inquisitivo	170
4. Nace un nuevo proceso penal	171
El nuevo modelo	173
La cultura penal pública	176
EL <i>COMMON LAW</i>	179
1. Los normandos	179
Guillermo I	180
Guillermo II, Enrique I y Esteban	181
2. Enrique II y el nacimiento del <i>common law</i>	182
Beckett	183
Las Constituciones de Clarendon	184
Los Assizes de Clarendon	186
Los eyres	186
Nace el jurado	189
La presentación	191
Inquest	193
Writs	193
La obra de Glanvill	194
La excepción: <i>mens rea</i>	195
Procedimiento, <i>hue and cry</i> , el coroner	196

## PODER, PENA Y VERDAD EN LA HISTORIA

3. Los sucesores de Enrique II	197
Juan I	198
4. La Carta Magna	199
Disposiciones relativas a la organización de la justicia	201
Disposiciones que establecen garantías	202
Bracton	203
5. El fin de las ordalías y su impacto en el <i>common law</i>	204
<i>Peine forte et dure</i>	206
<b>LOS CARACTERES HISTÓRICOS DEL MODELO INQUISITIVO</b>	209
1. La concentración del poder	209
El principio represivo: <i>ne crimina remaneant impunita</i>	211
El renacimiento de la infracción	214
Oficialidad	218
2. La verdad como objeto del proceso	220
3. Caracteres del proceso inquisitivo	226
Ordenamiento especial	226
Secreto	226
Escrito	227
Sumario	228
El arbitrio judicial	229
El tormento	232
Tretas y trucos para descubrir “la verdad”	235
El perdón de la parte ofendida	236
Delegación	237
Desigualdad ante la ley e indefensión	238
4. La prueba en el sistema inquisitivo	238
Las pruebas legales y la lógica	238
Clases de prueba y atribución de verdad	240
Delitos atroces	245
La confesión	250

5. El procedimiento	252
<b>LAS NUEVAS IDEAS</b>	<b>255</b>
1. Un mundo de cambios	255
La imprenta	255
El nuevo mundo	257
La ruptura de la unidad religiosa	258
El centro del universo	259
El fin de las certidumbres	259
La crisis de la escolástica tradicional	261
2. La emergencia del individuo	263
La conciencia	264
Los derechos del hombre	265
3. La ley como fuente del Derecho	267
La física como lógica cultural dominante	268
Nuevos paradigmas de certeza	270
Las declaraciones de derechos	271
El impacto en las penas y los procesos penales	275
Delito y pecado	276
Críticas al tormento	278
El aporte de Spee	279
4. El sistema penal del Iluminismo	284
Pena en abstracto y en concreto	285
La reacción contra el arbitrio. El principio de legalidad	287
Lesividad y proporcionalidad. La reserva de leyes	290
La prohibición de la prisión por deudas	293
La presunción de inocencia	294
La abolición de los tormentos	296
Una polémica en torno a la abolición de los tormentos	297
La abolición del tormento y la autoincriminación	299
Inviolabilidad del domicilio	299

## PODER, PENA Y VERDAD EN LA HISTORIA

La posición de Foucault	300
5. Conclusión	302
<b>EL SISTEMA ACUSATORIO</b>	305
1. El <i>common law</i> en peligro	305
El acta de traición de 1352 y la profesionalización de los jueces	305
La Guerra de las Dos Rosas y la asunción de la casa Tudor	306
El juicio por altercados	308
Imputados sin defensa	309
La investigación preliminar	309
La Star Chamber	311
Los cambios del siglo XVII	314
El caso Bushel	316
2. La Revolución de 1688 y sus consecuencias	317
El caso de los siete obispos	317
La Treason Act de 1696	319
3. El siglo XVIII	322
Los <i>solicitors</i>	323
Las recompensas	326
El poder de los jurados, la nulificación	327
Casos como ejemplo	327
William Garrow y el proceso a fines del siglo XVIII	332
Reglas sobre la evidencia	334
La <i>cross examination</i>	336
<b>CONFRONTACIÓN O INDAGACIÓN EN LA BÚSQUEDA DE LA VERDAD</b>	339
1. Las genealogías de los modelos	340
El sistema adversarial	340
El sistema inquisitivo	342

## LUIS MARÍA BUNGE CAMPOS

2. Verdad única o verdades de las partes	346
Noción de verdad	347
A propósito del método	349
Evidencia y prueba	350
3. ¿Hay verdad en el sistema adversarial?	352
Críticas desde dentro del sistema	353
Un botón de muestra	357
Las críticas por fuera del sistema	358
El aspecto teatral del juicio y la verdad	360
La <i>cross examination</i> como modo de descubrir la verdad	360
4. Límites a la búsqueda de la verdad	364
5. Conclusión	364
<b>LAS CULTURAS DE LO PÚBLICO Y DE LO PRIVADO</b>	367
1. Lo pagano y lo judeo-cristiano	367
Las tradiciones paganas	367
La tradición judeo-cristiana	369
2. Elementos distintivos de las Culturas Penales	373
1215	373
Elementos que definen las culturas	375
1) Qué es lo que se castiga	375
2) Qué debo verificar para que el castigo proceda	378
3) Para qué castigo	378
3. Las culturas penales	379
La cultura de lo privado	379
La cultura de lo público	380
4. Palabras finales	381
<b>BIBLIOGRAFÍA CITADA</b>	383

## AGRADECIMIENTOS

Esta fue mi tesis doctoral que con la dirección de Edmundo S. Hendler defendí el 16 de noviembre de 2018 ante un jurado compuesto por los Dres. María Rosa Pugliese, Daniel Pastor y Daniel Erbetta y fue calificada como sobresaliente y recomendada al premio “Facultad”.

La preparación y redacción de esta tesis fue una tarea compleja ya que –como la enorme mayoría de los académicos argentinos– tuve que repartir esto con mi trabajo habitual, en mi caso de Juez de Cámara en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Uno dedica el tiempo que el trabajo y las obligaciones le dejan libres, eso es complicado y se adquieren grandes deudas con muchas personas y seguramente no seré justo en este reconocimiento, pero estoy obligado a hacerlo.

A muchos les debo tanto el aliento como las sugerencias, algunos vieron borradores y me hicieron correcciones y sugerencias, otros participaron en discusiones de diversos temas, otros han contribuido con la difícil e ingrata tarea de conseguir bibliografía, lo que es muy complejo. Los hay que asistieron a clases o conferencias en las que adelanté algunos de los temas tratados en la tesis. A todos les estoy profundamente agradecido.

En primer lugar, a mi familia que soportó estoicamente la dedicación de mi tiempo libre a la tesis, incluso me han ayudado con temas informáticos, búsqueda de bibliografía y muchas cosas, a ellos mi primer reconocimiento.

La dirección de mi maestro y amigo, Edmundo Hendler ha sido clave en el desarrollo de la tesis y su presencia en ella es mucho más importante que lo que las citas muestran. Sus enseñanzas y su guía como maestro en estos ya treinta años de trabajo compartido se ven entre líneas en cada renglón.

En el dictado de la materia “El Sistema Procesal Penal Argentino en Perspectiva Histórica” de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, tuve como ayudantes en diversos momentos a María Martha Carande, Nicolás Czizik, Laura Mazzaferri y Virginia De Filippi, las conversaciones y discusiones con ellos también están presentes en este trabajo.

Mis amigos y colegas Gustavo Bruzzzone y Jorge Rimondi brindaron palabras de aliento en forma permanente de esas que uno necesita en esos momentos en los que el ánimo decae, trabajar todos los días en la Sala I con Jorge, la tranquilidad que comunica y el clima agradable que crea fue algo esencial para poder escribir la tesis.

En las tareas claves de este trabajo sea colaborando con la bibliografía, leyendo borradores, discutiendo, escuchando ideas y sugiriendo diversas soluciones me han ayudado amigos y colegas profesores a los que nombraré con el riesgo de olvidar alguno. Entre otros, tengo una enorme deuda intelectual y afectiva con José María Simonetti, Miguel Polaino Orts, Lucio Simonetti, Monseñor Alejandro Bunge, Leandro Fernández, María Eugenia Sagasta, Melina de Bairos Moura, Brian Gallo, Adriana García Netto, Norberto Frontini, Fernando Susini e Ignacio Tedesco.

Conté con la generosidad de un jurado integrado por colegas que admiro y aprecio, no tengo palabras para ellos.

Por último, a Lorena Banfi, editora que ha corrido el riesgo de publicar un libro sobre historia lo que no es poco, su entusiasmo con mi trabajo merece que le vaya bien, incluso más allá de los méritos de la obra.

A todos ellos el reconocimiento por lo mucho que les debo, si algo tiene de bueno este trabajo se debe a ellos, en cambio los errores que contenga son exclusivamente de mi responsabilidad.

# INTRODUCCIÓN

En estos tiempos, como casi siempre, nos encontramos frente a una serie de discusiones en materia de derecho penal y, sobre todo, procesal que dividen las aguas en cuanto a temas que van desde que el objeto del castigo sea una infracción normativa o la lesión a un derecho subjetivo, hasta el planteo –hoy de moda– que nos señala que los modelos adversariales o acusatorios<sup>1</sup> nos apartan de la búsqueda de la verdad, proclamando, así, la superioridad del modelo inquisitivo-reformado, rebautizado como acusatorio formal. En dichas discusiones se ponen de resalto mentalidades, ideologías, prejuicios y hasta “conveniencias burocráticas” o, incluso, lo que podemos llamar “comodidades forenses”. Estos debates no solo no tienen nada de novedoso, sino que son, a mi juicio, el resultado del modo en que se fueron conformando dos visiones o culturas penales. Este trabajo tiene por objeto rastrear en la historia los elementos que definieron esas culturas penales.

## 1. OBJETO Y METODOLOGÍA

Como se ha señalado, el trabajo se centra en el estudio histórico de la conformación de las categorías de enjuiciamiento penal y, esencialmente, su vinculación con los propios caracteres, objetivos y justificaciones políticas del derecho penal y del castigo. De modo tal, que las conocidas

---

<sup>1</sup> Más allá de algunas posiciones aisladas que tienden a separar estos modelos, reservando “adversarial” para el modelo angloamericano y llamando “acusatorio” al modelo que estudiamos como “mixto”, se los trata aquí como sinónimos, ya que en su origen y en su posterior desarrollo, se trató siempre de un único sistema, y si en más ocasiones se hace referencia al adversarial, lo es por una comodidad del lenguaje.

categorías de “inquisitivo” y “acusatorio” no refieren solo a sistemas de enjuiciamiento, sino que corresponden en su origen a dos formas diferentes de comprender el castigo y ejercer el poder. Se determinan, pues, los elementos definitorios de lo que podemos llamar “culturas”: la cultura de la autoridad y la cultura de la igualdad; la de lo público y la de lo privado, la del poder concentrado y la del poder difuso. No es necesario resaltar la relación entre el poder y el sistema penal. Jorge de Figueiredo Dias comenzó su comentario al Código Procesal Penal de Portugal de 1987 con la conocida frase de Exner: “A tal Estado, tal proceso penal”<sup>2</sup>.

Estas categorías no pueden ser definidas como modelos, en el sentido de responder a una visión teórica y programática, sino que son culturas, mentalidades, que han sido resultado de realidades cambiantes y de procesos complejos desde el punto de vista histórico. Las diferencias en estos sistemas no solo se limitan al modo de juzgar, sino al de castigar y, en definitiva, a la forma de ejercer el poder. Ese desarrollo diferenciado no solo se manifiesta en el modo de juzgar, sino en toda la concepción del castigo.

Por lo tanto, es diferente la idea de la dimensión política del castigo, el concepto de la transgresión o de lesión como base de la conducta a punir y los recaudos a verificar antes de la aplicación de la pena. *Adversarial* e *inquisitivo*, en definitiva, no definen modos de enjuiciamiento, sino que resultan diferentes formas de comprender al castigo considerado en un todo; desde el punto de vista de las bases de la definición de las conductas a castigar, de los recaudos a proveer y del sentido propio del castigo en sí mismo.

Desde ya que este trabajo no pretende sino iniciar una discusión acerca del modo en que las tradiciones han forjado nuestra cultura en materia penal y, quizás, advertir el origen histórico de nuestros enfoques acerca del delito, la pena, la verdad y el proceso penal.

En resumen, se parte de la hipótesis de que bajo los nombres de *adversarial* e *inquisitivo* se esconden culturas penales diferentes, que reconocen diferentes raíces históricas; judeo-cristiana una, pagana la otra. Esto tiene una íntima relación con el modo en que se estructura el poder en uno y otro; ya que, desde el origen mismo del sistema, la principal diferencia entre un modelo de enjuiciamiento y el otro se centra en su estructura lógica.

---

<sup>2</sup> Figueiredo Dias, Jorge, *Código de Processo Penal*, Aequitas, Lisboa, 1992, p. 5.

Esta cuestión no escapó a la lucidez de Carrara que en una frase lo resume: “Si se busca el origen filosófico del *juicio penal* en el primer sentido [considerado objetivamente], de inmediato debemos ver en él una deducción espontánea del origen filosófico de la pena”<sup>3</sup>.

Desde el punto de vista estrictamente cultural, la que llamo la cultura de lo público es tributaria del pensamiento judeocristiano; mientras que la cultura de lo privado lo es del pagano, que podemos encontrar en sus raíces tanto grecolatinas como germánicas.

Todos los elementos que encontramos como definitorios son elementos conocidos y que hemos estudiado todos en forma aislada, lo que demuestra la historia es que aparecen en forma conjunta y es en esa concepción que podemos hablar de una cultura penal.

La idea es que, vistas desde una visión totalizadora, podemos encontrar en la historia los caracteres definitorios de estas dos culturas. Por un lado, la cultura de lo público, que es la de la autoridad concentrada, presentará las siguientes características:

1) El objeto del castigo es la infracción a una norma. Este es un elemento definitorio que se extrae de su propio origen cultural judeocristiano y hunde sus raíces en la condena de Adán y Eva por el pecado de desobediencia.

2) El castigo tiene una dimensión política que es la de reafirmar la soberanía del príncipe. Esto define tanto un motivo para el castigo que es el desafío a la autoridad, como un fin para el mismo, que es la restauración de la autoridad del príncipe afectada por la ofensa.

3) El proceso tiene como objeto encontrar la verdad que es el elemento esencial para habilitar el castigo. Se trata de una verdad única y autoevidente, propia de una concepción absolutista del Estado y de una visión monoteísta y unívoca de la realidad.

4) La búsqueda de la verdad como objeto del proceso es un acto de autoridad que se ejerce de un modo unilateral y vertical, y es la autoridad la encargada de realizarla. Por lo que se trata de un proceso unilateral, llevado a cabo por un investigador extraño al conflicto.

---

<sup>3</sup> Carrara, Francesco, *Programa del curso de Derecho Criminal*, trad. de Sebastián Soler, Ernesto Gavier y Ricardo Núñez, Parte General, vol. II, § 809, Buenos Aires, Depalma, 1945, p. 187.

5) La pena es siempre una pena estatal y es, a la vez, el fin del proceso. Un proceso que no culmine en la imposición de una pena es una frustración de este sistema.

6) El perdón es una gracia del príncipe, ya que es su autoridad la que se encuentra en juego.

7) La acción penal es estatal e indisponible.

Esta cultura es, a la vez, tributaria y afluyente del autoritarismo. Es tributaria debido a su concepción cultural y es afluyente ya que contribuye a acrecentar ese modelo autoritario.

La cultura de lo privado, por su parte, tiene una genealogía diferente y presenta características diversas:

1) Lo que se castiga es un daño; una lesión a un derecho de alguien.

2) El castigo tiene como finalidad evitar la venganza y mantener la paz en la comunidad.

3) El proceso tiene como objeto determinar un ganador y un perdedor en esta confrontación.

4) La búsqueda de la verdad es una actividad propia de las partes que aportan sus hipótesis; estas serán confrontadas y, de ellas, una resultará triunfante.

5) La pena puede ser sustituida por reparaciones privadas y no es el fin del proceso que tiene otras alternativas.

6) El perdón es un atributo de la parte ofendida.

7) La acción penal es privada y siempre disponible.

### *Historicidad del Derecho*

La premisa esencial de la que se parte es que el Derecho es un objeto cultural; así lo entiende Maier, desde una óptica optimista: “El Derecho es, como materia de estudio, un objeto cultural. Lo crea el hombre a medida que establece formas de convivencia (de organización política) comunitarias y, por ello, el contenido (político) de sus reglas es contingente, como lo son también las formas de organización social que se suceden en busca de una convivencia pacífica más perfecta...”<sup>4</sup>. Solo a

---

<sup>4</sup> Maier, Julio, *Derecho procesal penal*, 2° ed., 2° reimposición, § 5, A, I, Del Puerto, Buenos Aires, 2002, p. 259.

partir de esta concepción del Derecho como un objeto cultural, se puede avanzar en este sentido.

El Derecho se ha ido formando en la historia de un modo que podemos llamar aluvional, una capa se ha ido superponiendo a otras y han convivido por siglos. Esta convivencia fue, incluso, propia de lo que hoy llamamos “vigencia”, normas más viejas y normas más nuevas se podían aplicar al caso. El modelo de vigencia que tenemos actualmente es tributario del pensamiento racionalista del siglo XVIII, en el momento en que la ley reemplazó al Derecho.

Hablar de la historicidad del Derecho es hablar de la ubicación de este en el tiempo, como resultado de la mentalidad de la gente en ese momento y de las relaciones de poder establecidas, con sus fortalezas y debilidades. Por ello, no puede entenderse el Derecho y, máxime, el derecho represivo de un modo aislado de la religión o la política. El modo en que se piensa la realidad es el modo en que, de alguna manera, al mismo tiempo, se la crea. Pensar es configurar.

Tanto las ideas acerca del castigo que se expondrán más adelante, como los modos de juzgar, responden a las aspiraciones, miedos, realidades y hasta prejuicios propios de los lugares y momentos en que se fueron desarrollando.

El positivismo jurídico nos ha transmitido la idea de un legislador omnisciente que todo lo prevé y que realiza, a través de la ley, un programa, por lo que existe en el imaginario la idea de que los modelos son obras de mentes esclarecidas, cuando no es así. Las culturas penales son el objeto de procesos históricos complejos con idas y venidas y rara vez son lineales; además son resultado de proyectos políticos a los que han servido para cimentar su poder. La idea del “legislador” del positivismo jurídico es un concepto que responde a un modelo teórico que recién se hizo presente a partir de la segunda mitad del siglo XVIII y, esencialmente, a partir del siglo XIX con la codificación. Pero, incluso las leyes y códigos han respondido en gran medida a las ideas y conceptos jurídicos que se formaron a lo largo de la historia y han dado respuesta tanto a la idea de realizar un proyecto como a necesidades surgidas de situaciones propias del momento. Han sido tanto normas ideológicas como empíricas.

Uno de los claros ejemplos de esta historicidad son los modos en que se ha manifestado el rol de la falta subjetiva en los contextos religiosos

y culturales de los mundos griegos y judíos, lo que merecerá un acápite dada su importancia.

La preocupación esencial de este trabajo es más sobre el “ser” que el “deber ser” del Derecho. El Derecho es estudiado aquí como un objeto de la cultura, un elemento que se creó para resolver determinados problemas y que se vincula esencialmente con el modo en que se ejerce el poder del que se sirve y, a la vez, al que le sirve.

La guía metodológica empleada en este trabajo está contenida en las palabras del historiador y periodista francés Albert Bayet, que dijo: “es un hecho que las palabras extraen su sentido, no tanto de los valores abstractos que supuestamente representan, como de los valores concretos con que los dota la historia”<sup>5</sup>.

Por ello, el método empleado en este estudio será exponer la historia a fin de advertir el modo en que estas culturas se han desarrollado.

Desde este punto de vista, es el siglo XIII el momento dramático en el que se separan los sistemas: uno, el inquisitivo, será el instrumento que servirá para la instauración de los poderes absolutos; mientras que el otro, el adversarial, reconocerá un origen derivado de una negociación entre los señores feudales sajones y un reino invasor y minoritario como los normandos. Uno nace de la autoridad que se cimenta, el otro de una minoría invasora que se ve obligada a hacer concesiones.

La historia también demuestra que la realidad política ha influido en tal medida en este desarrollo que se advierten marchas y contramarchas, momentos en que los modelos se hacen híbridos y toman conceptos de uno y otro; momentos en que las realidades del poder político les dan una mayor prevalencia a modelos autoritarios y otras en que justamente la debilidad política favorece la preeminencia de las partes por sobre el príncipe.

Binder coincide en forma general con esta idea al decir: “La justicia penal, como todo campo social, *ha sido configurada históricamente*. Por ello se encuentra atravesada por relatos históricos y tradiciones”<sup>6</sup>.

La actualidad de este tema es indudable si confrontamos esta realidad con los actuales pretendidos cambios de paradigma en el sistema de enjuiciamiento penal que tienen como eje central quién es el encargado

---

<sup>5</sup> Bayet, Albert, *Historia de la libertad de pensamiento*, trad. de Mabel Arruñada, Paidós, Buenos Aires, 1967, p. 7.

<sup>6</sup> Binder, Alberto M., *Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2013, t. I, p. 255.

de la búsqueda de la verdad: ¿el juez o las partes? Se aclara que referimos a las partes porque la idea de que es el Ministerio Público el encargado de la búsqueda de la verdad, hace, a nuestro juicio, del sistema acusatorio una variante del inquisitivo, al cambiar el nombre del inquisidor, mediante el viejo truco de la burla de etiquetas.

En el sistema acusatorio son las partes las que aportan su verdad y no un inquisidor que puede llamarse juez o fiscal, aunque su rol sea el mismo. La historia nos demuestra que esos cambios de paradigma de enjuiciamiento deben responder a un cambio en la propia concepción del derecho penal, del castigo y de sus antecedentes.

Por sí solos, esos cambios de paradigma, resultan insuficientes al mantener los conceptos del sistema que pretenden reemplazar.

### *Cultura penal y tradiciones jurídicas*

Este es el concepto sobre el que gira todo el trabajo y que se intentará precisar a los fines metodológicos. Existe una arraigada convicción entre los historiadores del Derecho, sobre todo entre los anglosajones, en definir grandes “tradiciones jurídicas”; así la tradición romano-canónica es la que define nuestros orígenes jurídicos, mientras que la otra gran tradición occidental es la del *common law*. Para Merriman la tradición legal ubica al sistema dentro de una perspectiva cultural y la define como conjunto de actitudes profundamente arraigadas, históricamente condicionadas, acerca de la naturaleza del Derecho, acerca del papel del Derecho en la sociedad y el cuerpo político, acerca de la organización y la operación adecuadas de un sistema legal, y acerca de la forma en que se hace o debiera hacerse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse el Derecho<sup>7</sup>. La definición de Merriman podría parecerse a la de una “cultura”, ya que también puede hablarse de actitudes arraigadas e históricamente condicionadas. La clave es esa historicidad de las tradiciones que responden a anhelos, aspiraciones, temores, condicionamientos propios del espacio y del clima, y a prejuicios y concepciones religiosas de un momento dado en un espacio determinado y con una realidad también propia.

---

<sup>7</sup> Merriman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Eduardo Suárez, 7ª reimpresión, Fondo de Cultura Económica (Breviarios), México, 2002, p. 17.

Para poner un ejemplo conocido, no se puede comparar la situación de Juan sin Tierra en el siglo XIII en la Inglaterra aún mayormente sajona con la de Enrique VIII, en el mismo lugar, casi tres siglos después. Esta diferencia se refleja claramente en la legislación. Es la distancia que corre entre la Carta Magna y la *Star Chamber*.

Berman nos agrega que las fuentes incluyen no solo la voluntad del legislador, sino también a la razón y a la conciencia de la comunidad, sus usos y costumbres<sup>8</sup>. Este autor es muy claro en cuanto a la tradición jurídica romano-canónica y su origen: “Hablar de una ‘tradición’ de derecho en Occidente es llamar la atención hacia dos trascendentes hechos históricos: primero, que a fines del siglo XI y en el curso del XII, con excepción de ciertos períodos de cambio revolucionario, las instituciones jurídicas en Occidente se desarrollaron continuamente a lo largo de generaciones y siglos”<sup>9</sup>.

El hecho de que los historiadores se refieran con el término “tradición” a las grandes tradiciones legales, nos ha llevado a escoger el concepto de “cultura” para hacer referencia solo a las ideas, las mentalidades, las actitudes, los prejuicios y las prácticas que se vinculan con el castigo. Garland define a una cultura penal como una amalgama indefinida de la teoría penitenciaria, de la experiencia acumulada, de la sabiduría institucional y del sentido común profesional que enmarca las acciones de los agentes penales y confiere significado a su quehacer<sup>10</sup>.

Escogemos el concepto de “cultura” en un sentido más amplio que el de “tradición”, entendido como el conjunto de valores, conceptos, costumbres y tradiciones que le otorgan identidad a un grupo y que resulta compartida por él. Tal como señala Freud, la mejor caracterización de la cultura es a través de la valoración y culto de las actividades psíquicas superiores, las producciones intelectuales, científicas y artísticas y, esencialmente, por la función directriz de la vida humana que concede a las ideas, lo que llama las “construcciones ideales del hombre”, dentro de las cuales ocupa un espacio importante la forma en que son reguladas las

---

<sup>8</sup> Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de Occidente*, trad. de Mónica Utrilla de Neira, 1° reimpresión, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 21.

<sup>9</sup> Berman, *op. cit.*, p. 15.

<sup>10</sup> Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, trad. de Berta Ruiz de la Concha, Siglo XXI, México-Madrid, 1999, p. 246.

relaciones de los hombres entre sí; esta es la caracterización de cultura para Freud, en la que el Derecho ocupa el lugar central<sup>11</sup>.

En este sentido, una cultura penal se entiende como ese conjunto de ideas compartidas sobre elementos propios del castigo penal. ¿Qué es lo que se castiga? ¿Con qué fin aplico ese castigo? ¿Por qué motivo castigo? ¿Qué debo verificar para que ese castigo se aplique?

Estas culturas penales delinearán modos de pensar, formas de aproximarse y de comprender el fenómeno penal. Estos modos se traducen en una lógica cultural, un modo propio de pensar de cada cultura penal que, a su vez, define un enfoque determinado hacia los problemas que se presentan en todos sus aspectos.

Alberto Binder define ingeniosamente lo que llama “cultura inquisitiva”, justamente, en referencia a los mismos elementos que Garland señala. Para Binder, la cultura inquisitiva es básicamente una mentalidad, a la que califica, de un modo muy interesante, como formalista, burocrática y conservadora<sup>12</sup>.

El genio de Carrara, por su parte, se adelantó a este concepto de “cultura penal” al enunciar que “la sociedad civil, la autoridad, la prohibición, la pena y el juicio representan una cadena indisoluble de hechos que se remontan a un principio supremo común a todos ellos: *la necesidad, en la cual es colocada por su destino la humanidad, de que sea tutelado el derecho*”<sup>13</sup>.

La idea es que las preguntas acerca de qué es lo que se castiga, qué elementos debo verificar para que proceda el castigo y para qué castigo forman parte de una cosmovisión, de un conjunto de actitudes que determinan modos de comprensión y conductas, que a los fines de este trabajo se llamará “cultura penal”.

En este punto no puede negarse la influencia que la obra y las enseñanzas de Edmundo Hendler tienen y que se ven reflejadas a lo largo de esta obra. Él ha sido quien llamó la atención de muchos de los que éramos entonces sus jóvenes discípulos en el estudio del derecho comparado

---

<sup>11</sup> Cf. Freud, Sigmund, “El malestar en la cultura”, en *El malestar en la cultura y otros ensayos*, trad. de Ramón Rey Ardid, Alianza, Buenos Aires, 1992, pp. 37/38.

<sup>12</sup> Cf. Binder, Alberto, *Justicia penal y Estado de Derecho*, 2° ed., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, pp. 200/202.

<sup>13</sup> Carrara, *op. cit.*, § 814, p. 189.

y quien nos enseñó el concepto de “cultura penal”: su libro *Las raíces arcaicas del Derecho Penal*<sup>14</sup> es una clara muestra de esto que se señala.

## 2. INTENTOS DE SISTEMATIZACIÓN

Muchos autores se han referido a algunos de los temas que se abordan en este trabajo y han intentado delimitar “sistemas” desde diversos enfoques teóricos. Haremos referencia, entonces, a los más importantes.

### *Sistemas acusatorio e inquisitivo*

La sistematización más antigua y generalizada es la clásica distinción entre sistema acusatorio y sistema inquisitivo, limitada a los modos de enjuiciamiento. En este punto, debemos destacar el distingo hecho en el siglo XIX por Francesco Carrara, que bien puede tomarse como un modelo histórico para todos los que le siguieron, que caracteriza a los sistemas del siguiente modo:

Al *sistema acusatorio*, que el maestro de Pisa llama método, lo identifica como la forma primitiva de los juicios criminales<sup>15</sup>. Define, además, lo que denomina sus “caracteres especiales”, a saber:

1. La plena *publicidad* de todo el procedimiento.
2. La *libertad* personal del acusado hasta la condena definitiva.
3. La *paridad* absoluta de derechos y de poderes entre el acusador y el acusado.
4. La *pasividad* del juez en el recogimiento de las pruebas, sean de cargo como de descargo.
5. La *continuidad* de contexto.
6. *Síntesis* en todo el procedimiento<sup>16</sup>.

Carrara llega a una conclusión original para su época al decir: “Este sistema presenta en máximo grado las garantías de la libertad civil para los acusados, pero deja en grave peligro la tutela del derecho de

---

<sup>14</sup> Editado por Del Puerto en 2009.

<sup>15</sup> Carrara, *op. cit.*, § 841 p. 209.

<sup>16</sup> *Idem*, § 843, p. 210, cursivas en el original.

los coasociados, y no es posible más que en un pueblo eminentemente educado en las virtudes ciudadanas”<sup>17</sup>.

Por otra parte, al delinear los caracteres del *sistema inquisitivo* el autor no duda en afirmar que es el que se adecúa a los regímenes despóticos<sup>18</sup>. Ese método inquisitorio presupone *oficiales públicos* que, bajo el nombre de procuradores del fisco, u otra denominación análoga, tengan el especial poder y encargo de la investigación y persecución de los delitos<sup>19</sup>.

Enumera los caracteres del sistema del siguiente modo:

1. Concurso de *denunciadores* secretos que informen al magistrado inquiriente de los delitos y delincuentes descubiertos por ellos.

2. *Dirección de las pruebas* bajo la plena potestad del juez.

3. Instrucción *escrita* desde el principio hasta la terminación; y, del mismo modo, también, *defensa escrita*.

4. Procedimiento constantemente *secreto*, no solo en relación a los ciudadanos, sino también en relación con el mismo procesado, en cuya presencia no se hace nada, fuera, excepcionalmente de la *confrontatio*, y a quien no se le comunica el proceso mientras no esté terminado y en estado de transmisión.

5. *Prisión preventiva* del procesado, y su *segregación* absoluta de todo contacto con otros hasta el momento de la defensa.

6. *Interrupción de los actos* y, de este modo, pronunciamiento de la sentencia a comodidad del juez.

7. Orden *analítico* hasta la transmisión de la inquisición especial [para Carrara es la que tramita contra un individuo particular y se le transmite cf. § 847]<sup>20</sup>.

Finalmente, Carrara llega a una conclusión muy clara: “Este método de juicio no presenta otra garantía sustancial fuera de la conciencia y religión de los magistrados”<sup>21</sup>.

---

<sup>17</sup> *Idem*, § 844, p. 211.

<sup>18</sup> *Idem*, § 845, p. 213.

<sup>19</sup> *Idem*, § 846, p. 215, cursivas en el original.

<sup>20</sup> *Idem*, § 848, p. 216, cursivas en el original.

<sup>21</sup> *Idem*, § 849, p. 216.

### *Conceptualismo e intuicionismo en la obra de Nino*

La tesis de Carlos Santiago Nino, publicada en castellano con el título de *Los límites de la responsabilidad penal* se refiere no a los sistemas penales en sí, sino a las elaboraciones teóricas –o a la falta de ellas– en la doctrina y jurisprudencia. En su análisis encuentra dos enfoques: el que llama *conceptualista*, que es el correspondiente a la teoría del delito de origen alemán, y el que denomina *intuicionista*, que se deriva del modelo anglosajón.

El *enfoque conceptualista* es el que parte de la elaboración de determinados conceptos con la finalidad de distinguir las diferentes condiciones generales de la responsabilidad criminal “dando a la enumeración de estas condiciones el *status* de una definición de ‘delito’”<sup>22</sup>. Este esquema conceptualista es el que responde al modelo de la dogmática que Nino explica al decir que se trató de un enfoque original del derecho positivo que consistía en concebir sus disposiciones como “dogmas” que debían ser adoptados acríticamente como premisas en cualquier solución a un problema jurídico<sup>23</sup>. Esta definición dogmática de delito como acción típica, antijurídica y culpable es, en definitiva, un verdadero axioma al que se termina sometiendo la realidad.

El *enfoque intuicionista* es el que Nino asigna a los países anglosajones, en particular a Inglaterra. Para ello, parte de las características que distinguen al derecho inglés de cualquier otro sistema jurídico. Ellas son:

1) La ausencia de una constitución escrita que restrinja las facultades del poder legislativo y formule los principios generales que deberán servir de orientación a los tribunales.

2) La importancia de los precedentes judiciales como fuente de derecho válido.

3) El hecho de que la elaboración de conceptos y teorías para la aplicación de las leyes sea tarea de los jueces y no de los juristas<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup> Nino, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1ª reimpresión, 2006, p. 38.

<sup>23</sup> Cf. *Idem*, p. 67.

<sup>24</sup> Cf. *Idem*, p. 102.

En consecuencia, las “definiciones” de las conductas punibles resultan de la acumulación de conceptos que surgen de diversos precedentes, lo que les otorga mucha precisión y complejidad<sup>25</sup>.

El esquema conceptual que se emplea para delimitar la responsabilidad criminal resulta para Nino muy simple, y surge de los conceptos de *actus reus* y de *mens rea*<sup>26</sup>.

La clave de lo que denomina “intuicionismo” la da la siguiente definición: “lo que más radicalmente afecta a la calidad de las estrategias adoptadas para reconstruir el derecho penal inglés, es el hecho de que generalmente se apoyan en juicios de valor de bajo nivel de generalidad acerca de cuál es la solución justa, dadas las circunstancias del caso individual, sin intentar justificar esos juicios de valor en un conjunto coherente y comprensivo de principios generales”<sup>27</sup>.

Al definir estas categorías, Nino hace un aporte esencial a la comprensión de las diferencias entre las aproximaciones teóricas del derecho continental y a lo que podríamos llamar su ausencia en el derecho inglés.

El enfoque conceptualista, entonces, es el que parte de un conjunto de principios y ajusta la realidad a esos principios desde una visión deductiva. Las conductas humanas se contrastan con la definición dogmática y la responsabilidad penal surgirá de su coincidencia con ella. Es más racional que empírico.

En cambio, el enfoque intuicionista es más inductivo, se elaboran principios muy detallados y precisos a partir de la acumulación de precedentes. Es así que cuando los que hemos sido formados en el derecho romano-canónico nos enfrentamos con normas anglosajonas suele sorprendernos su detallada descripción y la abundancia de definiciones que contienen, derivado ello del resultado de este proceso empírico.

### ***Ferrajoli: cognoscitivismo y decisionismo***

En *Derecho y razón*, el maestro italiano nos plantea estas categorías de análisis; en el aspecto de su obra dedicado a la “epistemología garantista” parte de los distinguos en la aproximación al modo de determinar el

---

<sup>25</sup> Cf. *Idem*, p. 104.

<sup>26</sup> Cf. *Idem*, p. 107.

<sup>27</sup> *Idem*, pp. 191/92.

hecho punible. Esencialmente se trata de un modelo de “comprobación” frente a otro de “valoración”.

*El cognoscitivismo*

Para Ferrajoli, un elemento de esta epistemología garantista es el *cognoscitivismo procesal* en la determinación concreta de la desviación punible. Este requisito afecta, naturalmente, a aquella única parte de los pronunciamientos jurisdiccionales que viene constituida por sus “motivaciones”, es decir, por las razones de hecho y de derecho acogidas para su justificación. Deriva de esto la necesidad de las condiciones de *verificabilidad* o de *refutabilidad* de las hipótesis acusatorias, para lo que se requiere procedimientos que permitan la prueba y ese análisis racional de verificación o refutación. Ferrajoli entiende que de estos principios deriva el modelo teórico y normativo del proceso penal como *proceso de cognición o comprobación*, en el que no se admiten valoraciones sino afirmaciones de las que se pueda predicar su verdad o falsedad<sup>28</sup>.

En consecuencia, el presupuesto de la pena debe ser la comisión de un hecho unívocamente descrito y denotado como delito no solo por la ley, sino también por la acusación, de modo que resulte susceptible de prueba. De ahí se deriva un modelo teórico y normativo del proceso penal como proceso de cognición o de comprobación, donde la determinación del hecho configurado por la ley como delito tiene el carácter de un procedimiento probatorio de tipo inductivo, que excluye las valoraciones en lo más posible y admite solo, o predominantemente, *aserciones o negaciones* –de hecho o de derecho– de las que sean predicables la *verdad* o la *falsedad* procesal.

Afirma que una justicia penal no arbitraria debe ser en alguna medida una justicia “con verdad”. Y enumera, entre los espacios que atribuye al Poder Judicial, un “poder de comprobación probatoria”. En consecuencia, el *cognoscitivismo* judicial se apoya en una verdad establecida mediante pruebas y lo demuestra motivando esa aserción en la resolución del caso<sup>29</sup>.

---

<sup>28</sup> Cf. Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, 2° ed., Trotta, Madrid, 1997, pp. 36/37.

<sup>29</sup> *Ibidem*.

*El decisionismo*

Por su parte, el *decisionismo* es el efecto de la falta de anclajes empíricos precisos y de la consiguiente subjetividad de los presupuestos de la sanción en las aproximaciones sustancialistas<sup>30</sup>. Esta subjetividad se manifiesta, entre otros supuestos, en el carácter subjetivo de valoraciones tales como entender que el reo pertenece a determinados tipos de autor, peligrosidad social o congénita naturaleza<sup>31</sup>. Lo considera parte de una epistemología antigarantista y con una intrínseca naturaleza autoritaria<sup>32</sup>. También señala que el juicio se remite más a la autoridad del juez que a la verificación de los supuestos fácticos de la acusación.

*La verdad en Ferrajoli*

En su obra, este autor, le otorga una enorme trascendencia a la verdad como elemento central del proceso. “Si una justicia penal completamente ‘con verdad’ constituye una utopía, una justicia penal completamente ‘sin verdad’ equivale a un sistema de arbitrariedad”<sup>33</sup>. Por ello, entiende que así como hay garantías de libertad las hay de verdad, a partir del análisis del proceso como un saber-poder.

Esta categorización que hace Ferrajoli se limita a un aspecto del procedimiento y es el acceso al conocimiento.

Lo que nos lleva a albergar serias dudas es la calificación que hace del *cognoscitivismo* vinculado con la “averiguación” y cierta actividad de indagación en la búsqueda de la verdad. Para Ferrajoli este modelo va dirigido al descubrimiento de una verdad sustancial y global que encuentra su fundamento en juicios de valor<sup>34</sup>, que se configura como una verdad “máxima”<sup>35</sup> y que se persigue sin límites normativos. Más adelante afirma que el modelo cognoscitivista se orienta a la averiguación de la verdad “empíricamente controlable y controlada”<sup>36</sup>. Para Ferrajoli,

---

<sup>30</sup> Cf. *Idem*, p. 43.

<sup>31</sup> Cf. *Ibidem*.

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> *Idem*, p. 45.

<sup>34</sup> Cf. *Idem*, p. 540.

<sup>35</sup> Cf. *Idem*, p. 541.

<sup>36</sup> Cf. *Idem*, p. 540.

en este modelo, las garantías procesales que circundan la averiguación de la verdad procesal aseguran la obtención de una verdad “mínima”<sup>37</sup>, pero en orden a todos los presupuestos y garantías.

En principio, el distingo que realiza se limita a decir que en uno de los modelos se busca determinar un sustento fáctico verificado de la decisión judicial y en el otro no.

La cuestión reside en la pregunta acerca de cuál método debe emplearse para dicha verificación, si uno de confrontación o uno de indagación. Creemos que en su modelo ambos son admisibles, pero aún así se nos plantea la cuestión de la motivación de la decisión jurisdiccional y el sistema anglosajón de juicio por jurados.

### *Damaska y los modelos paritarios o jerárquicos*

En 1986, el profesor de Yale, Mirjan Damaska, publicó su libro *The Faces of Justice and State Authority*, que fue traducido a nuestro idioma en el año 2000. Se trata de una aproximación conceptual que crea categorías diferentes para el análisis y, a nuestro juicio, es de un gran contenido teórico, por lo que la extensión de su tratamiento se justifica.

Damaska describe tanto los sistemas procesales como los modelos de organización judicial en dos categorías que él denomina “ideales”. Por un lado, el “Ideal Paritario” y, por el otro, el “Ideal Jerárquico”. Ambos responden a modelos de organización estatal diferentes que aspira a ser independiente de las categorías derivadas de las tradiciones romano-canónica, por un lado, y del *common law*, por el otro.

Comienza por una definición de sistemas adversariales e inquisitivos (que llama no adversariales) con énfasis en puntos muy destacables: “El modelo procesal ‘adversarial’ surge a partir de una contienda o disputa: se desarrolla como el compromiso de dos adversarios ante un juez relativamente pasivo, cuyo deber primordial es dictar un veredicto. El modo no-adversarial está estructurado como investigación oficial. Bajo el primer sistema los dos adversarios se hacen cargo de la acción judicial; bajo el segundo, la mayor parte de las acciones son llevadas a cabo por los funcionarios encargados de administrar justicia”<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Cf. *Idem*, p. 541.

<sup>38</sup> Damaska, Mirjan R., *Las caras de la justicia y el poder del Estado*, trad. Andrea Morales Vidal, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2000, p. 13.

Luego de ello, relaciona a la administración de justicia en los Estados modernos bajo dos perspectivas. Por un lado, en relación con la estructura de la autoridad del Estado; por el otro, en relación con la función de gobierno<sup>39</sup>.

En función de estas categorías describe los modelos de organización del Estado.

*Marco conceptual que emplea Damaska*

Parte de la base de que el marco conceptual corresponde a las respuestas a tres preguntas que serán básicas en su concepción: la primera se refiere a los atributos de los funcionarios, la segunda a sus relaciones y la tercera a la manera en que se toman decisiones<sup>40</sup>.

Para definir esas categorías, utiliza los siguientes parámetros:

1° parámetro: "Atributos de los funcionarios": si se trata de funcionarios permanentes y profesionales o transitorios y no profesionales.

2° parámetro: "Relaciones entre funcionarios": si los funcionarios están encerrados en una red estricta de sub/supraordenación o si son aproximadamente iguales, organizados en un escalón único del poder.

3° parámetro: "La manera en que se toman las decisiones": si la toma de decisiones se realiza de acuerdo con normas "técnicas" o especiales o si esta es informada por normas generales de la comunidad, indiferenciadas o generales<sup>41</sup>.

A partir de las respuestas que demos a estas preguntas Damaska define dos modelos:

1) Burocracia clásica: cuerpo profesional de funcionarios, organizados en una jerarquía y toma de decisiones de acuerdo con normas clásicas (estructura que responde a lo que llama la visión o el ideal jerárquico).

2) Cuerpo de personas no profesionales organizadas en un nivel único de poder que toma decisiones aplicando normas comunes no diferenciadas de los estándares de la comunidad (estructura que responde a lo que denomina la visión o el ideal paritario).

---

<sup>39</sup> Cf. *Idem*, p. 29.

<sup>40</sup> Cf. *Idem*, p. 33.

<sup>41</sup> Cf. *Idem*, pp. 33/34.

A partir de este distingo elabora distinciones que podríamos calificar de “culturales” entre los sujetos de uno y otro ideal.

### *El ideal jerárquico*

Por un lado, los funcionarios permanentes constituyen una esfera de su práctica que consideran su competencia. Con el tiempo también desarrollan un sentido de identidad con otros individuos situados en posiciones similares, haciendo rígida la demarcación entre los “de adentro” y los “de afuera”.

Los trabajos de larga duración dan lugar a la rutina y la especialización de tareas. Esta rutina en las actividades implica que los temas que se presentan al funcionario no sean entendidos como una constelación única de circunstancias que pide “justicia individualizada”<sup>42</sup>, sino que se da una serie de respuestas ya prefijadas ante cada uno de esos temas, lo que es propio de la estructura burocrática.

En ella, los funcionarios están organizados en varios niveles, los que definen su poder: el poder viene de arriba y se derrama a los niveles inferiores. De modo tal que los temas conflictivos y que necesitan resolución han de ser referidos al superior común. Damaska destaca que se debe observar la tensión entre la toma de decisiones individualizada y una revisión a nivel superior.

Esta idea de un poder “derramado” desde los superiores, sumado a la revisión de las decisiones del inferior, genera que el poder superior espere que los niveles más bajos esquematicen la complejidad de temas que deberán decidir. El claro ejemplo de esto, son los “criterios” de las cámaras revisoras que suelen ser seguidos por los tribunales inferiores. Por ello, se espera que los funcionarios tomen una decisión particular cuando se encuentran hechos especificados en un marco normativo.

### *El ideal paritario*

Damaska, al tratar este punto, comienza por imaginar una maquinaria de justicia amorfa<sup>43</sup>. Esta justicia carece de forma por estar integrada por funcionarios legos y temporales con pocas posibilidades

---

<sup>42</sup> Cf. *Idem*, p. 37.

<sup>43</sup> Cf. *Idem*, p. 45.

de que desarrollen un espíritu de exclusividad. No se puede distinguir en el aparato judicial a los de adentro y a los de afuera. Esto deja pocas posibilidades de desarrollar una rutina debido a la breve permanencia en el cargo decisorio. Sin embargo, una dificultad importante de esta organización de funcionarios temporales es la capacidad de desarrollar una memoria fiable, de manejar problemas complejos y de funcionar con continuidad. Establecer, en consecuencia, una lógica de precedentes a seguir en relación con la valoración de la prueba, por ejemplo.

Por otra parte, también en este sistema nos encontramos con una amplia distribución del poder entre funcionarios legos, sin que uno sea superior al otro.

### *Justicia substantiva*

El ideal paritario rechaza cualquier enfoque de la toma de decisiones que requiera la aplicación de normas divergentes de las normas éticas, políticas o religiosas imperantes por parte de los responsables. Por sus características de temporal y transitorio los enfoques “técnicos” parecen poco deseables<sup>44</sup>. Esto es lo que Damaska llama “justicia substantiva”, en el sentido de que se encuentra orientada más por la impresión del caso individual y por normas generalmente aceptadas por la sociedad que por normas técnicas.

### *Implicancias procesales del ideal jerárquico*

Las implicancias procesales son consecuencia directa de las características que Damaska describe en relación con el poder, la burocratización y la profesionalización de la administración de justicia. En un breve esquema describe estas:

1. *Sucesión metódica de etapas*: el proceso se encuentra dividido en etapas; una puede ser la recolección de pruebas, otra la decisión inicial, otra la revisión jerárquica. La cuestión, en definitiva, es que se va a separar en etapas definidas si no lógicamente, al menos normativamente.

2. *El impacto de la revisión superior*: la revisión superior no consiste en este modelo en un evento extraordinario, sino que se trata simplemente de una secuela de la adjudicación original. Agrega como observación

---

<sup>44</sup> Cf. *Idem*, p. 51.

que donde la revisión es rutinaria también lo es posponer la ejecución de la decisión original hasta que ha hablado el poder superior<sup>45</sup>. Esta revisión es regular y extensa, ya que es de carácter ordinario y habitual, por un lado y abarca todos los aspectos de la decisión del inferior, el hecho, el Derecho y la lógica, por el otro.

3. *El archivo del caso*: los funcionarios se ocupan de mantener los archivos para asegurar la integridad y autenticidad de la documentación, de modo de facilitar la revisión, entre otras cosas.

4. *Fragmentación del proceso*: el proceso se desarrolla en sesiones separadas en las que el material se organiza gradualmente en estilo fragmentario y dividido en etapas. Acota con agudeza que el juicio continental no es en realidad el evento de máxima importancia que proclama la doctrina, aquel que genera todo el material a utilizar en el juicio penal, con independencia de los (fragmentados) procedimientos anteriores<sup>46</sup>.

5. *Exclusividad del proceso oficial*: se desalienta toda empresa procesal privada, se la considera demasiado inclinada a su propio interés. Esto genera una clara situación de desigualdad en las partes. Por ejemplo, los expertos (peritos) son tratados como asistentes judiciales y parece normal que sean convocados por el juez y no ofrecidos por las partes.

6. *Legalismo lógico y disciplina del proceso*: se considera como ideal que el proceso legal sea regulado por una red interna coherente de reglas inflexibles. Agrega que, al contrario de lo que se dice a menudo, incluso hoy la libre evaluación de las pruebas continentales no es realmente libre: como conviene al proceso jerárquico se pide a los jueces de primera instancia que justifiquen sus indagaciones, y sus razonamientos son escrutados por los tribunales de apelación<sup>47</sup>. Esto también es una consecuencia de lo amplio de la revisión.

### *Implicancias procesales del ideal paritario*

1. *La concentración del proceso*: la concentración del proceso aparece, en la visión de Damaska, como una consecuencia directa de la estructuración del poder judicial en un único escalón indiferenciado y de la

---

<sup>45</sup> Cf. *Idem*, p. 87.

<sup>46</sup> Cf. *Idem*, p. 95.

<sup>47</sup> Cf. *Idem*, p. 99.

ausencia de tribunales especializados en las primeras tareas de recoger, seleccionar y preservar la prueba. Tampoco hay funcionarios superiores ante los que se continúen los procedimientos. De modo tal que la palabra “juicio” es un eufemismo para designar al proceso como un todo. Todo el proceso es el juicio, no hay etapas previas “judiciales”.

2. *Ramificaciones de un nivel único de toma de decisiones*: en un aparato horizontal de justicia, el hecho de que las decisiones originales sean presumiblemente las finales, no implica que sean aplicadas de manera inmediata. Las mociones para reconsiderar son tan normales en el sistema paritario como las apelaciones en el jerárquico<sup>48</sup>. No obstante ello, remarca que la revisión de superiores es de naturaleza extraordinaria e independiente.

3. *Confianza en la calidad y en el testimonio dado directamente a la audiencia*: en el proceso paritario no hay pasos procesales diseminados que hayan de ser integrados en un expediente. Tampoco incorpora una base de burócratas menores a quienes se les pueda confiar la producción, conservación y recuperación de documentos. En consecuencia, las declaraciones de un testigo en el juicio no pueden confrontarse con otras anteriores registradas oficialmente.

4. *Legitimidad de la actividad judicial*: los funcionarios legos no establecen límites rígidos entre el dominio oficial y el privado. El modelo paritario se apoya en las partes para preparar el material que deberá considerarse en un juicio.

5. *Justicia substantiva y realización del proceso*: hay una serie de reglas técnicas complejas que regulan la conducta de los protagonistas de un proceso ante un juez lego. En un aparato que comprende funcionarios poderosos e independientes, el funcionamiento del proceso depende, en gran medida, de la conducta de esos funcionarios.

Hasta aquí el análisis de los modelos que Damaska propone en su rica obra. Luego, realiza una serie de apasionantes disquisiciones acerca de la relación de lo que él llama el Estado reactivo (que responde al modelo del *laissez faire*) y el Estado activista (que corresponde al estado de bienestar –hay que recordar que esta obra se publicó en 1986 cuando todavía este existía–). Más tarde, este autor relaciona ambos estados con dos modelos de objeto del proceso: la resolución de conflictos, que corresponde

---

<sup>48</sup> Cf. *Idem*, p. 104.

al modelo del Estado reactivo, y la implementación de políticas, que es propia del estado de bienestar.

El trabajo de Damaska, que es uno de los más ricos en materia de sociología jurídica, analiza estas visiones desde la óptica de las estructuras judiciales que las sustentan y las vincula con los modelos de Estado moderno.

### *Binder y las tradiciones*

Alberto Binder, en su *Derecho Procesal Penal*, retoma el concepto de tradición y parte de un análisis que muestra una gran influencia de Foucault al señalar la existencia de cuatro tradiciones, a saber:

I) En primer lugar, opera sobre la justicia penal la tradición de considerar al delito como una *infracción a una voluntad superior, es decir, como desobediencia*.

II) Frente a ella se presenta otra tradición según la cual *el delito es un conflicto*, entre partes, grupos, sectores; conflicto que reclama una intervención del Estado para evitar que la violencia y el abuso de poder se extiendan.

III) En tercer lugar, opera la tradición según la cual *el juez es parte de una maquinaria o de una estructura jerarquizada cuya fuente de poder se encuentra en un vértice*.

IV) Frente a ella opera otra tradición según la cual *el juez es una persona independiente, sin vínculos de jerarquía y garante, antes que nada, de que se evitarán abusos de poder*<sup>49</sup>.

Estas tradiciones, según afirma Binder, se vinculan con los distintos modelos y, de acuerdo con Foucault, señala que la consideración del delito como infracción es uno de los ejes centrales del modelo inquisitorial<sup>50</sup>. Agrega: “*La tradición del delito como infracción y como desobediencia constituye uno de los ejes de la configuración de los sistemas que llamamos inquisitoriales, mucho más aun que otras características tales como la escritura o el carácter subordinado del juez*”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Binder, *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pp. 261/62.

<sup>50</sup> *Idem*, p. 263

<sup>51</sup> *Idem*, p. 266.

Se debe señalar que la idea de un juez independiente y no subordinado es propia del pensamiento posterior al siglo XVIII, como se verá en el desarrollo de este trabajo. La concepción tradicional del juez es justamente la de un subordinado al príncipe y esto se verá tanto en uno como en otro sistema a lo largo de la historia.

Esta última postura es muy cercana a la que se expondrá en este trabajo. La principal diferencia que debemos señalar es que se limita a la consideración de la infracción, que en sí es muy importante, pero ello es, a nuestro juicio, una derivación de la dimensión política que se le otorga a la pena como reafirmadora del poder del príncipe.

### 3. METODOLOGÍA Y PLAN DE LA OBRA

El estudio de los temas que integran este trabajo se fue cristalizando a partir del dictado del Ciclo Profesional Orientado y de la materia “El sistema procesal penal argentino en perspectiva histórica” de la carrera de especialización en Derecho Penal, ambos de la Universidad de Buenos Aires; así como también del dictado de “Historia de las ideas penales” de la Maestría en Derecho Penal del Mercosur de esa misma casa.

A partir del estudio de estas materias surgieron reflexiones acerca del método y la relación entre los principios del derecho penal a los que se alude y los sistemas de enjuiciamiento, y su íntima relación. Todos estos temas fueron objeto de reflexiones en torno a la historia de las instituciones y, fundamentalmente, de las mentalidades en las que esas instituciones fueron desarrolladas. Con el fin de exponer de algún modo esas mentalidades, y en el recuerdo del empleo de las letras de tango por parte del maestro Antonio Pérez Amuchástegui en su inolvidable *Mentalidades argentinas*, he acudido a la literatura de la época que expresa valores, anhelos y críticas de diversas generaciones, tanto como a la Biblia, texto imprescindible para el estudio de la Edad Media, ya que todo encontraba su justificación en algún pasaje bíblico.

En el Capítulo 2 se hará una breve recorrida por el mundo antiguo, comenzando por Grecia. Aquí no nos detendremos en el procedimiento griego, ya que habrá una extensa exposición de los *iudicia publica* romanos que remiten a esa cuestión. En el mundo griego se hará hincapié, entonces, en el aspecto objetivista del delito y en la poca importancia asignada a la falta subjetiva; esto a fin de contraponerlo con la tradicional posición del

mundo judío en donde la falta subjetiva es todo. Esta distinción es esencial para comprender las contradicciones de los sistemas de atribución de responsabilidad de la Edad Media en donde se aplicaba un derecho objetivista como el romano con una mentalidad subjetivista tomada de la tradición judeo-cristiana. Luego de esa breve exposición se expondrá el sistema romano de enjuiciamiento y su relación con la política.

En el Capítulo 3 se dará una breve descripción del Derecho germánico, de la venganza, la pérdida de la paz y la composición, de la ley sálica y su decadencia a partir del siglo VIII.

El Capítulo 4 abordará la Alta Edad Media bajo el sistema feudal en el que el poder se ha diluido y se apela a los sistemas ordálicos para la resolución de conflictos.

En el Capítulo 5 se expondrán las dimensiones del Derecho en la Edad Media, sobre todo en la Baja Edad Media en donde renace el estudio por el Derecho romano. Es de destacar, que se habla de dimensiones porque no solo cabe hacer un análisis jurídico, sino también teológico e intelectual, ya que fue la confluencia de estos tres elementos la que dio origen a lo que se llama derecho común.

El nacimiento de la Inquisición será el objeto del Capítulo 6 en el que se narrarán las circunstancias que derivaron en su aparición en Europa.

La invasión normanda a Inglaterra y el *common law* serán tratados en el Capítulo 7 que culmina con la Carta Magna de 1215.

El Capítulo 8 desarrollará el sistema inquisitivo ya consolidado y analizará sus institutos.

La influencia de las llamadas Nuevas Ideas será tratada en el Capítulo 9 que analiza los movimientos de reforma posteriores al siglo XV.

El relato de la aparición del sistema acusatorio y el Derecho en Inglaterra a partir del siglo XV y hasta su consolidación en el XVIII será objeto de estudio del Capítulo 10.

La discusión acerca de los métodos de aproximación a la verdad, la confrontación o la indagación será desarrollada en el Capítulo 11.

Por último, en el Capítulo 12 se expondrán las conclusiones arribadas luego del itinerario histórico recorrido.

El título de este trabajo es *Poder, pena y verdad en la historia*, ya que son los ejes sobre los cuales se centra toda la hipótesis en juego. No se trata de un trabajo sobre la historia de las penas, sino que el término

## PODER, PENA Y VERDAD EN LA HISTORIA

*pena* se emplea en su sentido más amplio, que abarca desde eso que motiva su aplicación, hasta aquello que debo verificar antes de aplicarla y la pregunta de para qué la aplico.

Por su parte, la *verdad* es el eje sobre el que gira todo el proceso, la búsqueda de ella o no, pero sobre todo el modo de buscarla; la indagación o la confrontación que determinarán en la historia dos modelos lógicos diferentes.

El *poder*, finalmente, es el elemento esencial al castigo; se castiga porque se tiene el poder para hacerlo y se castiga para tener poder. La íntima relación de estos tres elementos es lo que la historia nos muestra. Dicho esto, comencemos a recorrer ese camino.