

# **DEL ILUMINISMO-LIBERAL, EL MODELO ACUSATORIO Y LA PERSECUCIÓN PENAL PÚBLICA. ANÁLISIS SOBRE SUS RELACIONES CONCEPTUALES.**

Por Pablo Francisco González Táboas\*

## **I.- Introducción**

Hay un firme consenso en la filosofía del derecho, las ciencias sociales y la historia en general en cuanto a que el movimiento de ideas del siglo XVIII que conocemos como Ilustración o Iluminismo-liberal, ha consagrado una serie de principios jurídicos, irrenunciables en su concepción, tales como, en general, el de separación del derecho de la moral, estricta legalidad, igualdad ante la ley, irretroactividad de la ley, independencia judicial; o, en material penal, el de presunción de inocencia, juicio previo, debido proceso, proporcionalidad y utilidad de las penas, rechazo a la tortura y a otros tratos inhumanitarios. Principios, todos ellos, que están interrelacionados entre sí en una misma trama conceptual y que resultan derivados lógicos de los tres grandes pilares que sustentaron ese paradigma: la filosofía racionalista, la doctrina de los derechos naturales del individuo y las teorías del contrato social.

En lo que no parece haber tanto consenso, en cambio, es entre los procesalistas del derecho penal en cuanto a cuál es el modelo de enjuiciamiento penal o los rasgos determinantes dentro de uno que mejor expresan dichos principios jurídicos. Tras una rápida mirada panorámica, se advierten al menos tres grandes posturas en la materia: a) aquellos que, avalando el derrotero histórico efectivamente experimentado por el derecho continental europeo, consideran que el sistema mixto ha sido –y es- fiel reflejo del paradigma jurídico iluminista; b) quienes, críticos de esa evolución histórica concreta -que encuentran demasiado cargada de los vestigios inquisitoriales del antiguo régimen- señalan como modelo procesal acorde el llamado acusatorio formal, es decir, el de la lógica adversarial pura de la tradición romana republicana y anglosajona, pero añadiéndole, en cambio, la persecución penal pública; y c) quienes, más duramente críticos aún de esa evolución, entienden como único modelo procesal coherente con el espíritu ilustrado aquél llamado acusatorio material, esto es, con la lógica adversarial más pura, pero manteniéndole además, en tanto rasgo supuestamente consustancial, la persecución penal privada tal como aparece en el modelo acusatorio en el origen de su desarrollo histórico.<sup>1</sup>

Lo que este trabajo se propone es, precisamente, arrojar alguna luz, dar alguna clase de lineamiento general, acerca de esa relación lógica y esencial que se impone entre dicha serie de principios jurídicos generales que indiscutiblemente pertenecen al paradigma de la Ilustración y un modelo de enjuiciamiento penal determinado. Y, aclaramos, no se lo propone a partir de una adhesión irrestricta a los fundamentos de ese paradigma<sup>2</sup>, ni por tanto necesariamente en defensa de alguno de los modelos procesales que podrían derivarse de él. Sino, simplemente, porque, tratándose aquél del paradigma que muchos de los teóricos de nuestro medio toman como basamento filosófico de referencia, esa relación lógica que nos proponemos analizar constituye de hecho un objeto de estudio de interés para la materia. De lo que se trata, entonces, es de,

fijados ciertos principios indiscutidos de tal movimiento de ideas, establecer, aunque más no sea por aproximación, cuál es el modelo procesal que mejor se ajusta a su espíritu u orientación general. A tal fin, se dedicará un primer título a repasar los argumentos y conceptos empleados en cada una de las tres perspectivas adelantadas –recurriendo en cada caso a autores más o menos paradigmáticos–, para finalmente, en un segundo título, tomar posición por una de ellas, añadiendo algunos otros argumentos que buscarán fortalecer la conclusión final.

## **II.- Posicionamientos en la doctrina**

Antes de entrar en el tratamiento específico de cada una de las tres posiciones detectadas, conviene empezar por aclarar, a los fines de justificar la esquematización que en cada caso se hará, cuáles son los aspectos que hemos tomado por definitorios o estructurales al diferenciarlas, y en los que, por tanto, se pondrá el acento.

Partimos de la base aceptada de que las tres posiciones asumen que los principios de la modernidad están identificados teóricamente más a una lógica acusatoria que a cualquier otra, y que sus diferencias, concretamente, comienzan o surgen a partir del grado de aceptación en cada una de ellas a la introducción de ciertos elementos de la tradición inquisitiva que atenúan el sentido individualista o privatista con que dicho modelo acusatorio aparece en su origen histórico. Así, de mayor o menor, veremos que los partidarios del sistema mixto, en pos de los intereses colectivos o estatales, desde ya acuerdan con la adopción de la persecución penal pública y, yendo más lejos aún, proponen la inclusión, al comienzo del proceso, de una etapa preparatoria de corte inquisitivo, dirigida por el juez y escrita, que limita el carácter público y contradictorio –luego, en el juicio, confían, se impondrá la lógica acusatoria-. Veremos que los partidarios del acusatorio formal, por su parte, sólo aceptan la incorporación de la persecución penal pública, pero no admiten ninguna clase de atemperación a la dialéctica adversarial. Y encontraremos que los partidarios del acusatorio material, finalmente, ni siquiera admiten la alteración del carácter privado de la acción originario por entenderlo un aspecto estructural y consustancial al sentido antiautoritario del modelo y, por tanto, irrenunciable.

Como se advierte, entonces, la clasificación que proponemos, resumida en esas tres grandes posiciones, es en base a ciertos rasgos o elementos muy gruesos que hemos considerado preponderantemente definitorios a la hora de delimitar perfiles de modelo procesal: 1) según la lógica acusatoria proclamada sea parcial o total; y 2) en este último caso, según ella se ponga en marcha y sostenga con la acción pública o privada. Rasgos o elementos, pues, que hemos privilegiado más allá de la definición que se les quiera dar en términos de la dialéctica acusatorio-inquisitivo. Aquí, en principio, decidimos llamar “mixta” a la primera posición, por combinar formalmente rasgos inquisitivos con otros adversariales, y “acusatorias” a las dos restantes, por consagrar plenamente la lógica adversarial con independencia del carácter público o privado de la acción. Y ello, porque el criterio que tomamos como dirimente en la utilización de dicha dialéctica, más conceptual que histórico, es en función del modelo epistemológico de averiguación de la verdad implicado, considerando determinantes, para la definición de uno acusatorio, elementos tales como la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, y la publicidad y oralidad (y no, por ejemplo, la titularidad de la acción que, creemos, no altera, sea pública o privada, tal epistemología).<sup>3</sup>

### *A) Los partidarios del sistema mixto*

Seguiré esta postura a través de los dichos y argumentos de uno de los más importantes y representativos tratadistas clásicos del derecho procesal nacional: Alfredo Vélez Mariconde. Concretamente, a través de su obra fundamental, el tratado de “Derecho Procesal Penal”. Está fuera de discusión que este autor, para sus definiciones procesales, parte de una irrestricta adhesión a todos esos principios generales que, decíamos, pertenecen indiscutidamente a la constelación de valores jurídicos del paradigma iluminista-liberal. Con lo cual, está claro que todas las ponderaciones, más o menos entusiastas, que hace al modelo teórico que él mismo describe como mixto, lo son en la creencia de que se ajustan a ese marco axiológico de referencia. Por eso, nos sirve como autor paradigmático de esta primera posición.

Encontramos una primera valoración positiva de Vélez Mariconde a este modelo cuando, luego de definir genéricamente que en el proceso acusatorio el individuo ocupa un primer plano y que en el inquisitivo lo hace contrariamente el Estado, describe al mixto como “una yuxtaposición de las concepciones extremas que antes triunfaron”, para de inmediato valorar que en él “el legislador busca afanosamente un equilibrio entre los intereses individuales y sociales”, pues “se reconoce la necesidad de que el Estado administre la justicia penal con el menor sacrificio de la libertad personal”<sup>4</sup>. En otra parte de su tratado, al historiar la evolución de la legislación procesal francesa entre 1795 y 1808 –aquella que va preparando las bases para el primer código mixto-, da un nuevo guiño favorable a este modelo, al citar aquella frase de Faustin Hélie en que éste dice, luego de señalar lo aparentemente inconciliable del acusatorio y el inquisitivo, que sus “principios, aunque diferentes, podían tener recíprocos puntos de apoyo, y aun, reducidos a ciertos límites, prestarse fuerza mutua”<sup>5</sup>.

Es cierto, no obstante, que al evaluar el primer producto concreto de ese modelo teórico que llama mixto, esto es, el código francés de 1808, Vélez Mariconde no tiene palabras absolutamente elogiosas. Dice, a propósito, que “algunos pedestales defectuosos del nuevo edificio, que aún en Francia serán pulidos, justifican la desconfianza que evidenciará Napoleón al no darle su nombre (como hizo con el C. Civil); pero la excelente concepción lógica que lo anima acredita el diseño de lograr un equilibrio entre los intereses que están en juego. Si no implica una solución perfecta, sobre todo por no darse intervención alguna al imputado durante la primera etapa del proceso, ello no autoriza a calificarlo como una obra del despotismo, aunque sin duda fue reaccionario con respecto a la legislación anterior”<sup>6</sup>.

Admite que ese código no era la mejor expresión de la época y lo reconoce, incluso, más reaccionario que el acusatorio establecido por la legislación anterior de tiempos aún revolucionarios. Pero su crítica está más dirigida al completo retaceo de derechos que se le hace al acusado en esa etapa preparatoria, que a la etapa en sí; más dirigida a ese aspecto coyuntural en la versión de este primer código representativo, que a “la concepción lógica que lo anima”, esto es, la estructura de tipo mixto que lo informa, la cual considera “excelente”. En efecto, más adelante en el tratado, es muy elogioso de las reformas procesales que se producen en varios países de Europa Continental durante la segunda mitad del siglo XIX, en la medida que liman muchas de esas aristas más autoritarias y criticadas que tenía el código de 1808 (se le empieza a dar intervención al acusado en esa etapa previa en relación a ciertos actos irreproductibles), manteniendo, no obstante, la estructura mixta que aquél código originario inauguró<sup>7</sup>.

Aunque Vélez Mariconde insiste en todo momento con el respeto a las garantías individuales del imputado, asumiendo la obligación de todo proceso de atender el derecho de defensa y el principio de inocencia, no deja de matizar ello con la, para él igualmente importante, garantía jurídico-social de hacer triunfar la verdad y castigar a los culpables de delitos. Se trata, en su visión, de conjugar, logrando un equilibrio, las dos finalidades igualmente importantes que tiene el proceso penal, dadas por unas y otras garantías, por el interés individual y el social. Así dice: “En general, de estos conceptos surge la conveniencia de adoptar una fase preparatoria escrita y otra definitiva oral...”<sup>8</sup>. Es que es precisamente la inserción de esa fase preparatoria de tinte inquisitivo al principio del proceso, lo que los defensores del mixto consideran la justa concesión que el sistema acusatorio debe hacerle al interés social en pos de la averiguación de la verdad. Luego de esta etapa, necesaria para asegurar la prueba y evitar la fuga del imputado la etapa definitiva, la del verdadero juicio, pondrá en un pie de igualdad la acusación y la defensa.

### ***B) Los partidarios del acusatorio formal***

Seguiré esta otra postura a través de uno de los autores contemporáneos más autorizados y exhaustivos en la materia: Luigi Ferrajoli, en su obra ya clásica “Derecho y Razón”. Si bien este autor propone y desarrolla su posicionamiento en relación directa a los principios políticos del modelo garantista por él mismo elaborado y no expresamente a los de la Ilustración, la verdad es que ese modelo garantista coincide en esencia con la vocación de tal movimiento histórico y hace propios cada uno de sus principios jurídicos generales. Con lo cual, todos los aspectos procesales que él proclama como necesario producto de su teoría garantista, son en los hechos aspectos que podemos considerar necesario producto, en su perspectiva, de los principios jurídicos del iluminismo liberal.

En primer lugar, Ferrajoli rechaza terminantemente toda virtud al sistema mixto, tachándolo de engendro que intenta articular lógicas inconciliables –en tanto modelos epistemológicos de averiguación de la verdad antagónicos- y que, para peor, en la articulación, saca lo peor de cada modelo. Dice, al respecto, “Primero, el código termidoriano de 25 de octubre de 1795 y después, más radicalmente, el napoleónico de 1808 desincardinaron el sistema al sustituir la acusación ante jurado por un sumario escrito y secreto llevado de oficio por el juez instructor, insertando así en un procedimiento inquisitivo el ya adquirido principio de la *intime conviction*. De ello es resultado aquel “proceso mixto” que será copiado por numerosas codificaciones posteriores, incluida la italiana: predominantemente inquisitivo en la fase de instrucción, predominantemente acusatorio en la fase de debate y dominado en ambas fases por el principio de la libre convicción del juez-inquisidor. Se comprende que tal “monstruo, nacido del acoplamiento del inquisitivo y el acusatorio”, ha sumado los defectos de uno y otro...”<sup>9</sup>.

Sentado el completo rechazo a cualquier intento de mixtión entre dos epistemologías opuestas –“autoritaria” llama a la inquisitiva, y “garantista”, a la acusatoria-, queda rápidamente aclarada y explicitada su completa adhesión, en términos de expresión de los valores liberales y garantistas, al modelo acusatorio y la epistemología que lo anima. No obstante, hace de entrada una fundamental aclaración respecto de qué es lo que cabe definir como modelo acusatorio en términos teóricos o esenciales, diferenciándolo de lo que se suele entender como tal en términos históricos o accidentales. Y entonces se propone un repaso de los diferentes aspectos o principios que han estructurado tradicionalmente al modelo acusatorio, procurando marcar cuáles entiende esencialmente acusatorios –necesarios e imprescindibles para el sistema garantista- y cuáles, pese

a figurar en la evolución histórica concreta del modelo, cree sólo accidentales –modificables o prescindibles-. Con ello, deja desde un principio descartado que el esquema acusatorio, en los términos democráticos que se reivindican, deba ser necesariamente identificado a las características que adoptó en el *ars disputandi* de la antigüedad clásica o en el *law of evidence* anglosajón.

Para apuntalar esta distinción entre aspectos esenciales –teóricos o necesarios- y accidentales –meramente históricos o prescindibles-, Ferrajoli vuelve una y otra vez al grado de relación lógica o no que ellos tienen con esa matriz que define al acusatorio en tanto modelo epistemológico de averiguación de la verdad. A propósito, dice: “Mientras el método inquisitivo expresa una confianza tendencialmente ilimitada en la bondad del poder y en su capacidad de alcanzar la verdad, el método acusatorio se caracteriza por una desconfianza igualmente ilimitada del poder como fuente autónoma de verdad. De ello se deriva que el primero confía no sólo la verdad sino también la tutela del inocente a las presuntas virtudes del poder que juzga; mientras que el segundo concibe la verdad como el resultado de una controversia entre partes contrapuestas en cuanto respectivamente portadoras del interés en el castigo del culpable y del de la tutela del acusado presunto inocente hasta prueba en contrario”<sup>10</sup>. Es aquí, pues, donde acabamos de entender la diferencia radical entre la posición de Vélez Mariconde y la de los defensores del acusatorio –sea formal o material-: en tanto el primero cree una justa concesión al interés público, al juez, la tutela del inocente en ese espacio inicial de la fase preparatoria –le parece un buen equilibrio-, los segundos creen que esa tutela es irrenunciable para la defensa –superar ese límite es mezclar epistemologías inconciliables-.

De esta manera, en lo fundamental, en lo que conceptualmente atañe al modelo epistemológico de averiguación de la verdad acusatorio –que es lo que se impone reivindicar en su integridad como medio insustituible del modelo garantista y liberal-, Ferrajoli, concretamente, pondera como principios esenciales los siguientes: la rígida separación entre juez y acusación, la igualdad entre acusación y defensa, la publicidad y la oralidad del juicio, y la libre convicción. “Me parece –explica- que la dicotomía ‘acusatorio/inquisitivo’ es útil para designar una doble alternativa: ante todo, la que se da entre dos modelos opuestos de organización judicial y, en consecuencia, entre dos figuras de juez; y, en segundo lugar, la que existe entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos y, por tanto, entre dos tipos de juicio”. Y remata: “se puede llamar acusatorio a todo sistema procesal que concibe al juez como un sujeto pasivo rígidamente separado de las partes y al juicio como una contienda entre iguales iniciada por la acusación, a la que compete la carga de la prueba, enfrentada a la defensa en un juicio contradictorio, oral y público y resuelta por el juez según su libre convicción”<sup>11</sup>. En consecuencia, “La separación del juez y acusación es el más importante de todos los elementos constitutivos del modelo teórico acusatorio, como presupuesto estructural y lógico de todos los demás”<sup>12</sup>.

Afirmado el modelo acusatorio en los términos recién especificados, que es lo que muchos autores llaman el modelo acusatorio formal, Ferrajoli empieza a separarse de la tradición histórica del modelo, en cambio, en otro aspecto de esencial importancia: la discrecionalidad y la naturaleza privada de la acción penal. En efecto, luego de señalar que no existe ningún nexo lógico ni funcional que ligue al modelo teórico acusatorio con la discrecionalidad de la acción penal, sostiene que esta última, por el contrario, “representa una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación;

arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio”<sup>13</sup>. Descartado que el acusatorio suponga la discrecionalidad, por todas las arbitrariedades que ésta genera, dice que debe entenderse que, por el contrario, supone lógica y funcionalmente el principio opuesto de la obligatoriedad e irrevocabilidad de la acción penal que, así, no puede más que ser de carácter público, esto es, ejercida por acusadores públicos (sin perjuicio de que puedan concurrir con ellos formas más o menos amplias de acción popular y voluntaria).

En resumen, para Ferrajoli, los valores del modelo garantista y liberal –como vimos, plenamente coincidente con los principios jurídicos de la Ilustración-, se expresan a través del modelo teórico acusatorio. Y el modelo teórico acusatorio, en tanto esquema epistemológico en esencia garantista y antiautoritario, presupone como principio esencial la separación tajante de juez y acusación, pero no, a diferencia de la experiencia histórica concreta, la discrecionalidad y carácter privado de la acción penal. Por el contrario, presupone, lógica y funcionalmente, el principio opuesto de la obligatoriedad, irrevocabilidad y publicidad de aquella –“hoy ya presente –dice- en todos los ordenamientos evolucionados”-. Aclara Ferrajoli que tal obligatoriedad y publicidad es una imposición “lógica” del acusatorio por ser una consecuencia del principio garantista de la inderogabilidad del juicio –seriamente amenazado por la negociación que permite la discrecionalidad, comúnmente de rasgos inquisitoriales encubiertos por la desigualdad entre las partes-, y es una imposición “funcional” por ser, a la vez, consecuencia de otros principios esenciales del garantismo –y, sin duda, del iluminismo-liberal- como “la garantía de la igualdad de los ciudadanos ante la ley, el aseguramiento de la certeza del derecho penal y, sobre todo, la tutela de las partes ofendidas más débiles”<sup>14</sup>. En suma, la acción penal debe ser “un deber para los órganos del ministerio público y un derecho para los ciudadanos”<sup>15</sup>.

### ***C) Los partidarios del acusatorio material***

Seguiré esta última postura a través de un autor nacional actual que ha venido insistiendo mucho, mediante diferentes artículos y conferencias, con ella: Alberto Bovino. Y es claro que lo hace invocando como referencia axiológica los valores y grandes principios jurídicos, que ya hemos dado por sentados, de la Ilustración. Pues todas sus propuestas en cuanto al diseño de proceso penal y su excluyente preferencia por el modelo acusatorio en la variable que se conoce como “material” –carácter predominantemente privado de la acción penal-, las plantea y encara con el explícito afán de llevar a la práctica el programa iluminista-liberal al que parece adherir fervorosamente y el cual dice encontrar, en el terreno del Derecho Procesal Penal, en buena medida incumplido.

Toda vez que en cuanto a la defensa de todos esos aspectos que conforman o hacen a lo que se conoce como “acusatorio formal”, Bovino y los partidarios de esta postura parecen compartir en esencia los fundados y exhaustivos argumentos de Ferrajoli, cabe al respecto tener por reproducido todo lo ya dicho en el punto anterior. Tanto en el rechazo terminante al sistema mixto por la inconsistencia lógica y epistemológica que le atribuyen, como en la afirmación de la separación tajante que debe haber entre las funciones requirentes y las judiciales –con las correspondientes consecuencias en cuanto a la organización judicial y la figura del juez-, Bovino, de hecho muy cercano en cuanto a intenciones y vocación liberal con Ferrajoli, coincide plenamente. Por lo que conviene, directamente, pasar a tratar aquel otro aspecto que, no obstante,

lo diferencia en términos estructurales de la postura de aquél: el carácter privado que, piensa, debe tener la acción penal para satisfacer plenamente los principios liberales, pues lo considera un aspecto esencial del modelo acusatorio.

Al respecto, empieza por señalar Bovino que la persecución penal pública es un rasgo del proceso que está indisolublemente vinculado al nacimiento del inquisitivo en el siglo XII y, así, a la concepción autoritaria que lo sustentó. Y para justificar el aserto, hace un repaso histórico tendiente a demostrar cómo ambas cosas nacieron como parte de un mismo desarrollo y bajo las aspiraciones de una misma finalidad política. Así, luego de describir el proceso de centralización del poder político que se da a través de las monarquías absolutas europeas y que desembocará en la conformación de los estados nacionales, plantea cómo esa forma política va ajustando el ejercicio del poder punitivo a sus necesidades centralizadoras y absolutas, trastocando de esta manera ciertos fundamentos esenciales del derecho penal, que así, amén de identificar al delito con el pecado, empieza a abandonar la idea de que el delito era una ofensa o daño al individuo que la recibía, para dar lugar a la de que el delito es, ante todo, una infracción al soberano. Allí precisamente, dice Bovino, está el nacimiento de la persecución penal pública: “El fundamento de la persecución penal ya no es un daño provocado a un individuo ofendido; la noción de daño desaparece y, en su lugar, aparece la noción de infracción como lesión frente a Dios o a la persona del rey”. Y este fundamento “sirve para que el soberano se apropie del poder de castigar” y es un fundamento “autoritario que implica la relación soberano absoluto-súbdito y que refleja la necesidad de ejercer un control social férreo sobre los súbditos”<sup>16</sup>.

Luego de atribuir al nacimiento de la persecución pública este fundamento estrictamente autoritario y directamente ligado a la esencia de las prácticas de la inquisición simultáneamente iniciadas, señala que dicho tipo de persecución –la pública a través del procurador- y la nueva finalidad que con ella pasa a tener el proceso penal –la averiguación de la verdad histórica o material- traen una importante consecuencia en relación a la dignidad de los sujetos involucrados en el conflicto: se los convierte en objetos. Concretamente, el imputado, sobre todo como resultado de la nueva finalidad del proceso, pierde la cualidad de sujeto que tenía en el procedimiento acusatorio para convertirse en un simple objeto de persecución para llegar a la verdad –esta crítica, más referida al esquema epistemológico de la averiguación de la verdad del inquisitivo, es compartida por Ferrajoli-. Pero, dice Bovino, también la víctima, sobre todo como resultado del carácter público ahora atribuido a la acción, pasa a convertirse en objeto; pues “El Estado ocupa su lugar y ella pierde su calidad de sujeto de derechos. Al desaparecer la noción de daño y, con ella, la de ofendido, la víctima pierde todas sus facultades de intervención en el procedimiento penal. La necesidad de control del nuevo estado sólo requerirá su presencia a los efectos de utilizarla como testigo, esto es, para que legitime, con su presencia, el castigo estatal. Fuera de esta tarea de colaboración en la persecución penal, ninguna otra le corresponde”<sup>17</sup>.

Y entonces Bovino, como corolario, introduce su postura: “Ninguno de los sistemas conocidos para llevar a la práctica la persecución pública de los delitos permite llegar a resultados admisibles. Y es aquí donde debemos cambiar la pregunta. Es hora de que dejemos de preguntar cuál es el mejor modo de implementar la persecución de oficio para preguntarnos por qué el titular de la acción penal debe ser un órgano del estado, y no un individuo”<sup>18</sup>. Y a renglón seguido acaba por fin de precisar: “Los fundamentos que dieron origen a la persecución pública no pueden sostenerse actualmente. El Estado de derecho, integrado por ciudadanos y no por súbditos, no justifica la subsistencia del par “acción pública-sanción represiva” como regla

general y exclusiva del sistema. Una opción posible consistiría en abandonar el modelo acusatorio formal, que nunca permitió la realización del programa iluminista, y de su catálogo de garantías individuales, y volver a un modelo acusatorio material, en el cual el ofendido recupere su carácter de sujeto de derechos interesado en la persecución penal<sup>19</sup>. Con esta precisión termina de quedar clara la propuesta, demostrando la correcta caracterización que hicimos de ella como una opción distinta en cuanto a cuál es el modelo que mejor expresa los principios de la Ilustración: dice, expresamente, que es a través del acusatorio material –es decir, con acción penal privada- que se va a poder realizar “el programa iluminista y su catálogo de garantías”.

Finalmente, agrega un par de conceptos para neutralizar algunas críticas por el supuesto individualismo de la postura. En cuanto a la falta de preocupación por el interés público –privatismo- que se le achaca, responde que el interés público está igualmente preservado en ella porque “ya está representado por la definición estatal de las conductas prohibidas penalmente y por la facultad decisoria de la pretensión penal a cargo de un órgano jurisdiccional del Estado. Si sumamos a estas dos actividades la facultad de decidir sobre la persecución a través de la obligatoriedad de la acción penal y la de decidir sobre la existencia de la lesión que exigen la mayoría de las figuras penales, ignorando la voluntad de la supuesta víctima, estaremos en presencia de un derecho penal autoritario que niega los fundamentos del estado de derecho: el respeto a la dignidad de la persona y el reconocimiento de su derecho a la autodeterminación y a la autonomía de su voluntad<sup>20</sup>. Y en cuanto a las eventuales injusticias por ignorancia, falta de medios o debilidad de la víctima para llevar adelante la acción, se puede entrever una respuesta cuando dice “si el ofendido desea iniciar la persecución penal y, además, ejercer por su cuenta la acción, el fiscal no puede ni debe involucrarse en el caso. En cambio, si la víctima opta por la persecución pero no tiene medios o no desea llevar adelante personalmente la persecución, el ministerio público debe brindar su servicio a la víctima interesada, quien conservaría, en todo momento, facultades dispositivas sobre la acción<sup>21</sup>”.

### **III.- Análisis de las posiciones y otras consideraciones**

Toca hacer un análisis de las posiciones repasadas e ir añadiendo algunas otras consideraciones que nos parecen pertinentes en vistas a tratar de arribar a alguna conclusión en punto al objetivo establecido al principio del trabajo, en la introducción. Esto es, en cuanto a cuál de los modelos procesales planteados, con los respectivos rasgos estructurales que los definen, nos parece que expresa más fielmente el espíritu del Movimiento de las Luces y se ajusta más estrictamente a la operatividad de ese conjunto de principios que señalamos como indiscutiblemente pertenecientes a su legado. Volvemos a insistir, por si acaso, que el carácter personal de las observaciones que aquí haremos no pasará por la valoración ideológica de cuál de esas posiciones nos parece mejor o preferible, sino, estrictamente, por la valoración estrictamente analítica de cuál nos parece que se identifica más consistentemente con el sistema de valores jurídicos concretos de la Ilustración o Iluminismo en tanto movimiento de ideas históricamente determinado.

Damos por sentado que, en esa asociación con los principios liberales, el modelo procesal histórico de la inquisición, expresa y frontalmente combatido por la modernidad dieciochesca, nada tiene que hacer en el análisis, y que, en la identificación, sólo puede haber uno alternativo regido, al menos en su orientación general, por la lógica adversarial. Como vimos, las tres posiciones vistas parten formal y discursivamente de esa base; incluso, la que está a favor del

sistema mixto, en la medida en que las muchas concesiones que acepta hacer a la tradición inquisitiva, a través de la receptación de muchos de sus elementos e institutos – fundamentalmente a través de la inclusión de una fase preparatoria, dirigida por el juez y escrita, y limitadamente pública y contradictoria-, las hace en la confianza de que no llegan a alterar, en la mixtura, ese sentido final predominantemente adversarial, indiscutiblemente más a tono con los valores de dicha modernidad, que entienden salvaguardado con el juicio oral y público previsto como culminación del proceso. Con lo cual, la primera alternativa válida de discusión que se nos presenta es entre ese sistema mixto y el acusatorio neto que defienden, sea en sentido formal o material, las otras dos posiciones.

Pues bien, respecto de esta primera alternativa, no podemos más que rechazar terminantemente la pertinencia del sistema mixto. Y es que al insistir sus defensores con que se trata de una sabia y prudente mixtura capaz de enriquecer la matriz acusatoria con algunos elementos del inquisitivo, parecen no advertir las raíces profundas que, mucho más allá de lo estrictamente técnico-procesal, uno y otro modelo, en tanto esquemas epistemológicos de averiguación de la verdad, tienen. Y así, no advertir que, tratándose de lógicas inconciliables, los supuestos remedios intermedios, lejos de conformar un tercer tipo o modelo, no pueden ser más que una creación técnica superficial tendiente a reproducir una u otra de las lógicas fundamentales en juego. Por lo que, al proclamar la mixtura, en última instancia, lo que están proclamando, inadvertidamente, es una sola de las dos lógicas, y lo peor, aquella que suponen secundaria y más residual. Porque, en efecto, en el proceso mixto, esa fase preparatoria, netamente inquisitiva, irremediablemente acaba viciando a todos los caracteres supuestamente acusatorios que vienen después. Es que en esa instancia previa se genera toda la prueba de una vez según la lógica inquisitiva, condenándola a ser en la instancia de juicio posterior mera reproducción escenificada de la ya producida antes según aquella lógica. Entonces, en el juicio, no hay estricta inmediatez ni verdadera contradictoriedad. El inquisitivo del comienzo acaba devorándose al acusatorio posterior.

El hecho de que éste fuera el modelo procesal que finalmente prosperó al cabo del Siglo de las Luces, a través del código de 1808 francés, luego proyectado a casi todas las legislaciones de Europa Continental, poco prueba en cuanto a las relaciones conceptuales que procuramos determinar. Es cierto que este modelo mixto está en varios sentidos vinculado teóricamente a ese movimiento de ideas ya que, pese a mantener parte de la estructura inquisitiva, introduce muchos límites que buscan moderar su tendencia absolutista y autoritaria. Pero no menos cierto es que está también, y fundamentalmente, vinculado históricamente a contingencias coyunturales de un proceso político complejo y contradictorio, no siempre atento a la armonía de ideas aquí buscada. De hecho, el código de 1808 sobreviene, una vez disuelta la legislación transitoria de la Revolución Francesa, como producto de la reacción posrevolucionaria de estabilización y orden encarada por Napoleón, quien, si bien fue en buena medida un producto de esa modernidad y consolidó muchos de sus principios racionalistas, fue también, y más esencialmente, un caudillo pragmático inspirado por el proyecto imperial de unificar el poder de Europa Continental frente a la invasión económica inglesa<sup>22</sup>. Sus características salientes -vocación imperial y centralización del poder- eran las mismas del estado absolutista que siglos antes había dado nacimiento al inquisitivo. De ahí que este código mixto, si de influencias históricas se trata, estuviese más tentado a reproducir la lógica inquisitorial que cualquier otra<sup>23</sup>.

Pero amén de estas contingencias histórico-políticas, también debieron influir en el desencuentro razones de tipo cultural. Como sabemos, el derecho procesal penal, más que ningún otro, está

atravesado del acontecer político y cultural, y es, por tanto, el que mejor refleja sus vicisitudes. En este sentido, en el terreno cultural, no puede omitirse que parte importante de la sociedad europea de entonces, todavía fuertemente imbuida de valores religiosos y premodernos, vivía con naturalidad la cosmovisión que expresaba el inquisitivo y tendía a reconocer como necesarios, en pos de un orden comunitario, buena parte de los rigores que surgían de ella. Del mismo modo, pesaba la propia cultura de los jueces y abogados que, frente al avance de las nuevas ideas mayormente obra del espíritu crítico de los filósofos, representaron, en el ámbito jurídico, las fuerzas conservadoras y misoneístas. Como dice Vélez Mariconde, citando en una parte a Esmein: “Mientras los filósofos, en nombre de la razón y de la humanidad, atacan duramente el procedimiento inquisitivo, ´en el mundo de los juristas –expresa Esmein- dominan dos cosas en sí mismas excelentes, pero cuya exageración puede ser funesta: el espíritu de conservación y el respeto a la ley... los más numerosos, reconocen los vicios principales de la Ordenanza (de 1670)<sup>24</sup> pero sin embargo se inclinan hacia ella”<sup>25</sup>.

Entonces, habiendo descartado que el sistema mixto pueda considerarse un producto coherente de los principios jurídicos de la Ilustración, y brindado algunas de las razones históricas concretas - políticas y culturales- que pudieron influir en ese desajuste (más marcado que en otras áreas del derecho), no nos queda más que inclinarnos, sin ningún tipo de reparo, por la pertinencia, en la correspondencia conceptual procurada, de un sistema acusatorio neto. Así, retomando el análisis lógico y teórico que ordena este trabajo, volviendo a la valoración de los modelos procesales en tanto esquemas epistemológicos, en tanto teorías del conocimiento, debemos decir con Ferrajoli, y de seguro también con Bovino, que la lógica acusatoria –ponderada en abstracto por todas las posturas analizadas- sólo es viable a partir de la implementación irrestricta de su principio más importante y definitorio: la rígida separación entre juez y acusación. Él es, en efecto, un presupuesto estructural y lógico de otros indiscutiblemente esenciales e inmanentes al modelo como la igualdad entre acusación y defensa, o la publicidad y la oralidad del juicio. Y él marca, así, la divisoria de aguas entre dos modelos opuestos de organización judicial, con sus respectivas figuras de juez, y, por tanto, entre dos métodos de averiguación judicial igualmente contrapuestos, con respectivos esquemas de juicio. Por eso se trata, creo, del principio más decididamente innegociable, si de consagrar la lógica o epistemología acusatoria se trata.

Sentada posición en cuanto a la primera alternativa, corresponde, entonces, pasar a la segunda alternativa que se nos abre: acusatorio formal o material, persecución penal pública o privada. Para comenzar, diré que, entre las razones apuntadas por Ferrajoli –a favor del acusatorio formal- y las apuntadas por Bovino –a favor del acusatorio material-, me parecen más armónicas y convincentes las del primero. En primer lugar, creo con aquél en la necesidad de distinguir, como primera medida, entre aspectos teóricos y estrictamente históricos del modelo acusatorio, según sean esenciales o accidentales en relación a la operatividad del método epistemológico de averiguación de la verdad que subyace, como eje definitorio, a dicho modelo. Y en segundo lugar, comparto las razones que concretamente da al interpretar, en aplicación de esa distinción, que la persecución penal privada, siendo una característica presente en la tradición histórica del acusatorio, es sin embargo un elemento accidental de ese modelo y que, peor aún, juega, con todas sus posibilidades discrecionales y transaccionales, en contra de sus valores garantistas –tales como la igualdad de los ciudadanos ante la ley, la inderogabilidad del juicio, el aseguramiento de la certeza del derecho penal, etc., como vimos, coincidentes con aquellos que apuntáramos en un inicio como indiscutiblemente ilustrados-.

Por el contrario, creo que las ponderaciones que hace Bovino a favor de la acción privada, aludiendo al rol de la víctima y las mejores posibilidades de resolución de conflictos, son ponderaciones que, si bien giran en pos de los derechos individuales, no lo hacen en el sentido específico en que los contempla y consagra la Ilustración o Iluminismo. Pueden tenérselas por muy a favor del individuo en la medida en que buscan prevenir arbitrariedades del Estado, pero, insisto, lo son más en el sentido de una variable puntual del liberalismo, tal vez enraizada en la tradición anglosajona y en un tipo de individualismo muy arraigado en esa cultura, que en el sentido filosófico-político estricto que adquieren en el movimiento teórico de las Luces. En efecto, cuando dice que la acción penal privada permitirá la realización “del programa iluminista y su catálogo de garantías”, está teniendo una visión exageradamente antiestatista de cuál es ese programa y de cuáles las garantías que incluye. Con lo que, amén de descuidar operativamente el valor de principios tan caros al iluminismo como la igualdad de los ciudadanos ante la ley –que en los hechos se verían relativizados por la “mercantilización de la justicia” que posibilita dicho sesgo privatista en el ejercicio de la acción-, lo que este autor también parece soslayar es el valor central que conserva la figura del Estado en el edificio de esa filosofía.

Por ello, creo oportuno añadir un aspecto más, una argumentación, que contribuye al esclarecimiento de la esencia teórica de la Ilustración y que confirma su vinculación, su ensamble conceptual y continuidad, al menos en varios puntos –entre ellos el de la persecución penal pública-, con el desarrollo histórico previo. El eje de esa coincidencia, diremos, es precisamente el Estado. Porque si es cierto que es el poder del príncipe, con todos sus requerimientos absolutistas y toda su metodología inquisitiva, el que da nacimiento al Estado moderno, no menos cierto es que la filosofía iluminista, montada a la propia idea de evolución, lo ratifica en buena medida. El Movimiento de las Luces no se postula en contra de la idea del Estado ni del grado creciente de racionalidad organizativa que introdujo, sino, más específicamente, en contra del poder ilimitado y arbitrario con que se venía ejerciendo y, por tanto, del fundamento absolutista que le dio el primer impulso histórico. Es que todo su carácter revolucionario y de parteaguas en la filosofía política de Occidente pasa, puntualmente, por el cuestionamiento integral a ese fundamento absolutista y su sustitución por uno opuesto, a favor de la tolerancia y la pluralidad social, que refundará completamente la concepción de lo público.

Lo que este movimiento introduce, entonces, como principal elemento de ruptura con el “Ancien Régime”, es un nuevo fundamento sobre la legitimidad del poder del Estado. Pues asentado en la teoría de los derechos naturales del individuo, propondrá al hombre, al individuo, como único titular de derechos naturales –innatos, universales, previos a todo ordenamiento jurídico o político- y, por tanto, como única fuente legítima de poder. De tal suerte que la soberanía, hasta el momento radicada en la persona del rey –que así obraba por supuesta delegación divina-, pasa a residir, en el otro extremo y sin escalas, en cada uno de los individuos –única realidad natural reconocida-. La vieja legitimidad “descendente” que había prohijado el nacimiento de las monarquías nacionales y más tarde absolutistas, es reemplazada por una legitimidad “ascendente” que parte de los individuos –único poder constituyente válido-. Y esta primacía asignada al individuo, como no podía ser de otro modo, refunda íntegramente la concepción del hecho social que, así, de ser tenido por algo natural o dado –lo “comunitario”-, pasa a ser algo artificial, creado por los hombres, por necesidad, a través de un acuerdo libre de voluntades –lo “societario”-. Del mismo modo, la organización política, los gobiernos y sus potestades, se justifican ahora como el producto de un gran pacto implícito por el cual los hombres libres han cedido voluntariamente parte de sus derechos en pos de la convivencia y paz social. Es la idea de contrato social.<sup>26</sup>

Pero, al fin de cuentas, se concluye en el Estado y en la ratificación de buena parte de su forma organizativa. El Estado sigue allí, con su poder coactivo. Ha cambiado su fuente de legitimidad. Con ello, ciertamente, ha racionalizado y limitado mucho su poder. Pero sigue allí y, con él, necesariamente, la idea de la persecución penal pública. En efecto, la esencia contractualista (en todas sus variables, desde las que aceptan mayor sacrificio de libertades hasta las que menos) está íntimamente ligada a la comprensión del crimen como perjuicio al conjunto social, como transgresión al “pacto social” (y, por tanto, a la justificación de la publicidad de la acción). Como dice Foucault: “El crimen (ya) no es algo emparentado con el pecado y la falta, es algo que daña a la sociedad, es un daño social, una perturbación, una incomodidad para el conjunto de la sociedad (...) Esta idea aparece expresada con mucha claridad en todos estos teóricos y también figura en Rousseau, quien afirma que el criminal es aquel individuo que ha roto el pacto social. El crimen y la ruptura del pacto social son nociones idénticas, por lo que bien puede deducirse que el criminal es considerado un enemigo interno. La idea del criminal como enemigo interno, como aquel individuo que rompe el pacto que teóricamente había establecido con la sociedad, es una definición nueva y capital en la historia de la teoría del crimen y la penalidad”<sup>27</sup>.

Así parece entenderlo, en abono de esta conclusión, el más emblemático de los autores del propio movimiento de la Ilustración en nuestra materia. Me refiero al marqués de Beccaria, cuya obra “De los delitos y de las penas” (1764) es considerada la más cabal y consistente traducción del programa iluminista-liberal al campo penal. Sus palabras tienen particular peso porque, dentro de los matices que dicho movimiento ofrece, representa claramente su vertiente más republicana, humanitaria y garantista (que es, precisamente, la rescatada por los autores contemporáneos). Pues ya de entrada, al referirse al origen de las penas y el derecho a castigar, nos ubica en el fundamento del contrato social: “Las leyes son las condiciones bajo las cuales hombres independientes y aislados se unieron en sociedad, hastiados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar de una libertad que resultaba inútil por la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron una parte de ella para gozar del resto con seguridad y tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad sacrificadas al bien de cada uno, constituye la soberanía de una nación...”<sup>28</sup>. Sobre esta base, desde la cual legitima el derecho del Estado a aplicar penas y castigar, es precisamente que identifica de manera explícita al delito con transgresión al pacto y daño al conjunto: “Hemos visto cuál es la verdadera medida de los delitos: el daño de la sociedad”<sup>29</sup>. “Todo delito, aunque sea privado, ofende a la sociedad”<sup>30</sup>.

Igualmente concluye otro autor, también emblemático y que quizás sea el más agudo continuador de esa tradición en el siglo XIX: Francesco Carrara, quien nos dice con su característica elocuencia: “El derecho, en su origen, no pertenece más que a los individuos; la sociedad no tiene otros derechos que los que nacen en ella del deber que le incumbe de proteger los derechos de los individuos. Todo derecho nace de un deber. Por lo tanto, con el derecho punitivo el gobierno se protege legítimamente a sí mismo, en cuanto la tutela de sí mismo es indispensable para la tutela de cada uno de los asociados (...) Consiguientemente, quien ofende a aquél, ofende a todos los ciudadanos; y del deber que le incumbe al Estado de proteger los derechos de los particulares, nace en él el derecho de protegerse a sí mismo”<sup>31</sup>. Y por si no quedara lo suficientemente claro, vuelve al tema más adelante: “...tanto en los delitos que producen un daño inmediato público, como en los que producen un daño inmediato meramente privado, existe de todas maneras un segundo daño, que es siempre público, porque lo sufren todos (...) Este fenómeno especial es el que les imprime carácter político a todos los delitos y el que hace que, por una ofensa

inmediatamente inferida a la seguridad de uno solo, sufran mediatamente todos los demás por la disminución del sentimiento de su propia seguridad”<sup>32</sup>. Si el delito siempre afecta al conjunto y el Estado es el legítimo representante de éste, se impone, pues, la publicidad de la acción.

Diríamos, entonces, resumiendo, lo siguiente. Es verdad que la persecución penal pública nace de la apropiación que el rey hace de la justicia, y que, en este sentido, está profundamente emparentada, en su origen, con el absolutismo monárquico. Pero también es verdad que en el marco de un planteo teórico integral que democratiza al Estado como lo es el del Iluminismo liberal, dicha idea de persecución penal pública debía pasar a reflejar, en igual proceso, el poder del conjunto en desmedro del arbitrario y unipersonal del autócrata. El delito, consecuentemente, ya no es lesión, ofensa, infracción a Dios o al rey, sino a la propia sociedad conformada por los individuos. Se consolida, así, la idea de la confiscación del conflicto a la víctima por el Estado, se confirma la noción del delito entendido como infracción. Sí. Pero la ratificación de estos elementos que había parido el modelo inquisitivo es ahora en pos de una concepción nueva de lo público, supuestamente más tolerante y horizontal, que se basa en el pacto y tiene al individuo como núcleo fundante. Pasa con la persecución penal pública lo mismo que con otros tantos rasgos iniciados con la tradición inquisitiva que, en tanto elementos evolutivos insoslayables, en tanto manifestaciones puntuales de una primera modernidad, han sobrevivido en la Ilustración; que nacidos al servicio del impulso absolutista, la Ilustración hizo propios y refundó bajo el signo de la pluralidad social y la divisa del libre pensamiento<sup>33</sup>.

#### **IV.- Conclusión final**

Por todo lo expuesto concluyo que el modelo procesal que más se ajusta al ideario del movimiento del siglo XVIII y que mejor vehiculiza la esencia de sus principios jurídicos, es el acusatorio neto de tipo formal, es decir, con persecución penal pública. Con lo que creo que los sistemas procesal-penales de Europa continental, para mayor consistencia o coherencia con el modelo filosófico político y jurídico del que eran tributarios –y que de hecho plasmaron en su derecho constitucional-, debieron haber hecho el camino inverso al del mundo anglosajón, para llegar a un resultado similar: así como éste, manteniendo un sistema acusatorio neto en su formas, fue adoptando en los dos últimos siglos la persecución penal pública (aunque con el preocupante defecto de conservar la discrecionalidad irrestricta), el continental, manteniendo la herencia histórica e inevitable de la persecución penal pública, debió adoptar desde el siglo XIX un sistema acusatorio neto en sus formas. Con ello, pudo haberle restado a lo inevitablemente heredado todos aquellos tintes más vinculados a la tradición monárquica y absolutista con que nació, y, junto a la nueva legalidad liberal que instituyó a fines del siglo XVIII, introducir un modelo de enjuiciamiento más acorde a sus principios filosóficos fundantes.

---

\* Abogado (UBA). Especialista en Derecho Penal (UBA) –tesina pendiente-. Funcionario del Ministerio Público Fiscal de la Nación en el fuero penal. Correo electrónico de contacto: pablotaboas@yahoo.com.ar

<sup>1</sup> Si bien las distinciones que aquí hacemos son más de tipo conceptual que histórico, conviene, a los fines de ubicar al lector, hacer una breve referencia a esta dimensión temporal desde que ella, de una manera u otra, aparece y

---

aparecerá muchas veces aludida en este desarrollo. Se trata, entonces, de hacer en esta nota una presentación mínima acerca del origen y desarrollo que los modelos acusatorio, inquisitivo y mixto tuvieron en la dinámica histórica concreta. Así, diremos que el **modelo acusatorio** (ampliamente entendido como aquél de lógica adversarial, en que el proceso, oral y público, se inicia por instancia de la parte ofendida, se desarrolla como conflicto de partes iguales y se resuelve por decisión de un juzgador que asume un rol más bien arbitral) es el primero de los modelos en ciernes que aparece en la experiencia histórica, desde la misma antigüedad, teniendo sus manifestaciones más cabales y sólidas en la Grecia Clásica, en la República Romana, en el Derecho Germánico, así como en el mundo anglosajón, que nunca lo abandonó. Que, por su parte, el **modelo inquisitivo** (ampliamente entendido como aquél de lógica vertical, en que el proceso, escrito y secreto, se inicia por instancia del propio Estado de oficio, se desarrolla a partir de la conversión del acusado en objeto de investigación y se resuelve por decisión de un juzgador todopoderoso con funciones requirentes y decisorias), surge con el nacimiento del estado-moderno, empezando a insinuarse desde el siglo XII como parte de ese primer impulso centralizador que busca recomponerse de la dispersión feudal, y consolidándose en el siglo XVI como nuevo modelo judicial de los estados-nación europeos administrados por las monarquías absolutas. Y que, finalmente, el **modelo mixto** (una pretendida mixtura formal entre los dos anteriores), surge en Europa a principios del siglo XIX en reemplazo del inquisitivo; si bien con el Movimiento de las Luces que culmina en la Revolución Francesa hay una revalorización conceptual del modelo acusatorio, lo cierto es que ese movimiento, con la exaltación al poder de Napoleón, desemboca en la sanción del Código de Instrucción Criminal Francés de 1808, que, inaugurando este presunto tercer sistema, se proyectará al resto de Europa continental a lo largo del siglo XIX. Este modelo mixto, por otra parte, es el que finalmente importará América Latina ya avanzado el siglo XX, después de persistir en el inquisitivo puro heredado del viejo modelo español (en Argentina, por ejemplo, lo adoptó la provincia de Córdoba en 1939 y la Nación en 1992) (Ver este desarrollo en Maier, Julio B. J., *"Derecho Procesal Penal I. Fundamentos"*, Buenos Aires, Del Puerto, 2002, 2ª edición, y más extensamente en Velez Mariconde, Alfredo, *"Derecho Procesal Penal"*, Tomo I, ed. Lerner, 1969).

<sup>2</sup> Las objeciones que se nos ocurren en relación a la filosofía iluminista-liberal (pues sus postulados igualitaristas y humanitarios, que desde ya suscribimos, están sostenidos desde un racionalismo a-histórico y un individualismo anticomunitarista que tienden a tornarlos ficcionales, puramente formales) y los cuestionamientos que en cualquier caso cabría formular en cuanto a su aplicabilidad a nuestro medio histórico-cultural hispanoamericano (pues tal filosofía liberal, producto histórico neto de la Europa moderna y burguesa, choca con una concepción cristiana que, en su variable más arraigada en nuestra cultura popular mestiza, ofrece una idea democrática distinta, de raíces comunitarias, cuyos fundamentos podrían rastrearse más bien en el pensamiento neotomista español o suareciano), son objeciones y cuestionamientos que exceden completamente el modesto objetivo que nos propusimos aquí. Su tratamiento sería objeto de otro trabajo de alcances mucho más amplios y ambiciosos.

<sup>3</sup> Pero hay muchas perspectivas posibles desde las cuales abordar esta dicotomía acusatorio-inquisitivo, o sea, desde las cuales considerar a un modelo o elemento "acusatorio" o "inquisitivo". Langer, Máximo, *"La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona. Algunas reflexiones a partir del procedimiento abreviado"*, en Hendler, Edmundo S. (comp.), *Las garantías penales y procesales. Enfoque histórico-comparado*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, pp. 243-250, por ejemplo, detecta al menos seis sentidos o niveles en los que es utilizada la dicotomía: 1) como categorías históricas, 2) como tipos ideales o teóricos, 3) como mecanismos que cumplen una función en relación a la coerción sobre el imputado, 4) como intereses o finalidades según se centren en la represión del delito o las garantías del imputado, 5) como principios normativos, y 6) como modelos normativos. Así, según el criterio que se adopte y, a la vez, los concretos contenidos que se le asignen dentro de uno, podrían definirse o nominarse de distintas maneras –"inquisitivas" o "acusatorias"– cada una de las tres posiciones que hemos propuesto en nuestro trabajo. Para algunos el "mixto" es en puridad "inquisitivo", para algunos más extremos también lo es el que aquí llamamos "acusatorio formal" –porque privilegian la acción privada como un elemento esencial del acusatorio–, etc. Ya hemos expresado cuál es el criterio en principio aquí empleado para su designación y nos atenemos, en cualquier caso, a los concretos contenidos escogidos más allá de su designación. Pues el objeto prioritario de este trabajo es establecer la relación entre los principios de la filosofía iluminista y determinadas características de un modelo procesal –más allá de cómo las denominemos–.

<sup>4</sup> Velez Mariconde, A., ob. cit. pp. 21/22.

<sup>5</sup> Idem, p. 137.

<sup>6</sup> Idem, p. 141.

---

<sup>7</sup> El propio Vélez Mariconde, siguiendo esa tendencia, fue el autor, junto a Sebastián Soler, del código de la Provincia de Córdoba, sancionado en 1939, el cual, claro y prolijo exponente de la orientación general de esas legislaciones procesales más modernas de Europa Continental, se convirtió en emblema del sistema mixto en la legislación argentina, siendo tomado, de hecho, como sinónimo de legislación progresista y moderna frente a la subsistencia en muchas provincias y la propia nación de esquemas enteramente inquisitivos.

<sup>8</sup> Idem, p. 212.

<sup>9</sup> Ferrajoli, Luigi, *"Derecho y razón. Teoría del garantismo penal"*, ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 140.

<sup>10</sup> Idem, p. 604.

<sup>11</sup> Idem, p. 564.

<sup>12</sup> Idem, p. 567.

<sup>13</sup> Idem, p. 568.

<sup>14</sup> Idem, p. 569.

<sup>15</sup> Idem, p. 570.

<sup>16</sup> Bovino, Alberto, *"La víctima como sujeto público y el Estado como sujeto sin derecho"*, en "Urbe et Ius. Revista de opinión jurídica", nro. 2, 2004, pp. 72/3.

<sup>17</sup> Idem, p. 73.

<sup>18</sup> Idem, p. 76.

<sup>19</sup> Idem, pp. 76/7.

<sup>20</sup> Idem, p. 77.

<sup>21</sup> Idem, p. 79.

<sup>22</sup> Ver Hobsbawm, Eric, *"La era de la revolución (1789-1848), La era del capital (1848-1875), La era del imperio (1875-1914)"*, 1º ed., Buenos Aires, Crítica, 2012, quien afirma en relación a esta dualidad del bonapartismo que Napoleón era "el personaje indicado para concluir la revolución burguesa y empezar el régimen burgués" (p. 77), pues "sus ideas fueron anticipadas por la Revolución y el Directorio, por lo que su contribución personal fue hacerlas más conservadoras, jerárquicas y autoritarias" (p. 79). También señala el móvil económico, proteccionista frente al comercio británico, que tuvo su proyecto imperial sobre Europa (pp. 85/6).

<sup>23</sup> Ver Binder, Alberto, *"La fuerza de la inquisición y la debilidad de la República"* (2002), extraído el 21 de agosto de 2014 desde [http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com\\_content&task=view&id=37&Itemid=27](http://www.revistajuridicaonline.com/index.php?option=com_content&task=view&id=37&Itemid=27), p. 7, donde el autor abona esta conclusión sobre los bríos hegemónicos del bonapartismo y las consecuentes características inquisitoriales que atribuye a su Código de Instrucción Criminal de 1808.

<sup>24</sup> La Ordenanza francesa de 1670 consagraba el proceso penal puramente inquisitivo tradicional.

<sup>25</sup> Vélez Mariconde, A., ob. cit. p. 135.

<sup>26</sup> Ver Arriola, Jonathan y Bonilla Saus, Javier, *"Liberalismo e ilustración: nota sobre algunas contradicciones del discurso político de la Modernidad"* (Documento de Investigación nro. 64, Facultad de Administración y Ciencias Sociales, Universidad ORT Uruguay, febrero de 2011), extraído el 21 de agosto de 2014 desde [http://www.academia.edu/1885205/Liberalismo\\_e\\_Ilustracion\\_Notas\\_sobre\\_algunas\\_contradicciones\\_en\\_el\\_discurso\\_politico\\_de\\_la\\_Modernidad](http://www.academia.edu/1885205/Liberalismo_e_Ilustracion_Notas_sobre_algunas_contradicciones_en_el_discurso_politico_de_la_Modernidad), pp. 7/16.

<sup>27</sup> Foucault, Michel, *"La verdad y las formas jurídicas"*, editorial Gedisa, Bs. As., 2007, p. 97.

<sup>28</sup> Beccaria, Cesare, *"De los delitos y de las penas"*, Bogotá-Colombia, Editorial Temis, 2006, p. 10.

<sup>29</sup> Idem, p. 59.

<sup>30</sup> Idem, p. 63.

---

<sup>31</sup> Carrara, Francesco, “*Programa de Derecho Criminal. Parte General*”, Bogotá-Colombia, Editorial Temis SA, 2004, volumen I, p. 47.

<sup>32</sup> *Idem*, p. 102.

<sup>33</sup> En este sentido, hay algo del propio método de la indagación –la “inquisitio”– que, en tanto teoría del conocimiento ligada a cánones de creciente racionalidad, está en la propia base de la Ilustración y el pensamiento científico moderno. En efecto, dicha nueva forma de aproximación a la realidad iniciada en el siglo XII con las indagaciones judiciales conducidas por los procuradores del rey (claramente de creciente racionalidad, no obstante su autoritarismo y crueldades, respecto de formas medievales precedentes como los juicios de Dios, ordalías, etc., que si bien de lógica acusatoria, eran ostensiblemente primitivos y mágico-religiosos), fue extendiéndose en los siglos siguientes, en tanto modelo de proceso de conocimiento de la verdad, a las diferentes áreas del saber, marcando el inicio de lo que conocemos como la ciencia moderna. Repasa al respecto Foucault: “A partir de los siglos XIV y XV aparecen tipos de indagación que procuran establecer la verdad partiendo de testimonios cuidadosamente recogidos en dominios tales como la geografía, la astronomía, el conocimiento de los climas, etcétera. Aparece, en particular, una técnica de viaje, empresa política de ejercicio del poder y empresa de curiosidad y adquisición de saber que condujo finalmente al descubrimiento de América. Todas las grandes indagaciones que se impusieron al final de la Edad Media son, en el fondo, la eclosión y dispersión de esta primera forma matriz nacida en el siglo XII. Incluso dominios como la medicina, la botánica, la zoología, a partir de los siglos XVI y XVII, son irradiaciones de este proceso. El gran movimiento cultural que después del siglo XII comienza a preparar el Renacimiento puede ser definido en gran medida como el desarrollo o el florecimiento de la indagación como forma general de saber.” (Foucault, M., *ob. cit.*, p. 89).