ENTRE LA INQUISICIÓN Y LA COMPOSICIÓN

Julio B. J. Maier

1. La tesis que pretendo defender presenta al enjuiciamiento penal actual como una versión moderna de la tensión existente entre *inquisición* y *composición*, como modos diferentes de resolver conflictos sociales. Tengo cierta aversión por el uso de estereotipos, por ej., por aquél que se ha formado en el procedimiento penal con los conceptos sintéticos, sistema inquisitivo, sistema acusatorio y sistema mixto, casi siempre mal utilizados, o utilizados sin conocimiento de los acontecimientos históricos reales que forjaron estos tipos ideales de procedimientos judiciales[1]; pero no creo tener otra forma sintética de explicar las trasformaciones actuales del sistema penal, en especial, el ingreso de soluciones reparatorias al sistema de soluciones del Derecho penal material[2] y de soluciones consensuadas o regidas por el principio de la autonomía de la voluntad al sistema del enjuiciamiento penal[3]. Definamos primero para luego demostrar esa tesis y dar cabida a los nuevos institutos que,

---

[1] El relato histórico, por lo demás, acude necesariamente a simplificaciones por selección de datos, razón por la cual presenta, en definitiva, un tipo ideal, representativo pero no exhaustivo, en este caso, de procesamiento y solución de conflictos, que nunca coincide con la realidad histórica total: cf., sobre el particular, Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, Ed. Lerner, Buenos Aires, 1969, t. I, Primera parte, ps. 15 y ss., y mi propia descripción en *Derecho procesal penal (I. Fundamentos)*, Ed. del Puerto, 2ª ed., 1ª reimpresión, Buenos Aires, 1999, § 5, ps. 257 y siguientes. En ello estriba, precisamente, la diferencia entre un estudio *diacrónico* y otro *sincrónico* de un acontecimiento histórico. De allí en más, las confusiones entre ideal y realidad a que se arriba por traslado de esas experiencias a la realidad o discusión actual, cuando son utilizados en el discurso conceptos sintéticos, confusiones que adquieren diversos niveles, tanto abstractos como concretos.

[2] Cf. ROXIN, Claus, *Strafrecht*, Ed. Beck, München, 1992, t. I, § 3, III, p. 47, y AA.VV. (*Untersuchung des Fachausschusses I "Strafrecht u. Strafvollzug" des Bundesverbandes der Straffälligenhilfe e. V.*), *Schadenwiedergutmachung im Kriminalrecht*, Forum V. Godesberg, Bonn, 1988, con bibliografía relativa al tema.

[3] Cf. RÖNNAU, Thomas, *Die Absprache im Strafprozeß*, Ed. Nomos, Baden Baden, 1990; Schmidt-Hieber, Werner, *Verständigung im Strafverfahren*, Ed. Beck, München, 1986; AA.VV (Bonner Symposium), *Täter-Opfer Ausgleich - Zwischenbilanz u. Perspektiven*, Bundesministerium der Justiz, Bonn, 1989.

por doquier, hoy y desde hace más de una década parecen poder calificarse como temas de moda en el sistema penal[4].

Comprendo por *inquisición* el sistema más próximo temporalmente a nosotros, según el cual el Estado toma en sus manos el conflicto, sustrayéndolo de sus protagonistas de carne y hueso, amenaza contra quien reputa culpable con el ejercicio de la fuerza (la pena estatal, máxima expresión del poder coactivo del Estado) y persigue esa solución del conflicto directamente –*de oficio*-, con sus propios funcionarios (la policía, el ministerio público, incluso los jueces), sin atención al interés concreto de los protagonistas reales del conflicto, según regla general que, en el Código penal argentino, se halla indicada en el art. 71[5]. De allí surge, por ej., que la importancia acordada en desarrollos actuales de la dogmática penal al "consentimiento" o al "acuerdo" en el Derecho penal material, no se haya trasladado al procedimiento penal: para quitarle relevancia a una forma de expresión de la voluntad se tornó necesaria una distinción entre acuerdo o consentimiento y "perdón", voz esta última que revela el mismo concepto que las anteriores y hace alusión al mismo principio –la autonomía de la voluntad en la relación humana y en la solución de conflictos sociales emanados de ella-, pero expresado con posterioridad a la consumación del hecho punible e, incluso, con posterioridad a la "consumación" de la tentativa, cuando ella es, según las reglas penales, ya punible[6]. La diferencia se resume en una distinción temporal.

En cambio, comprendo por *composición* el sistema según el cual los protagonistas concretos del conflicto social arbitran, en principio, su solución, sistema en el cual la voluntad de ellos, separada o conjuntamente, gobierna el conflicto. El primer modelo es francamente autoritario, frente al segundo modelo, inclinado democráticamente. Según este último, por ej., son dirimidos hoy la mayoría de los conflictos del llamado Derecho privado, en los cuales el resto de autoridad funciona sólo supletoriamente, como un árbitro entre las partes, imponiendo la solución legal, incluso sancionatoria, cuando, para mantener la paz social, frente a la imposibilidad de avenimiento de las partes en conflicto o de una de ellas a la pretensión de la otra, no queda otro camino que imponer la solución de la ley, respaldada siempre por la fuerza de la ejecución. Nótese, por ej., que esa manera de dar solución al conflicto social privilegia la

---

[4] Cf. HIRSCH, Hans-Joachim, *Zur Stellung des Verletzten im Straf- und Strafverfahrensrecht. Über die Grenzen strafrechtlicher Aufgaben*, en AA.VV., *Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann*, Ed. Carl Heymann, Köln-Bonn-Berlin-München, 1989, ps. 699 y siguientes.

[5] Cf. también, en ese texto legal, el art. 274: establece el mandato de perseguir penalmente -principio de legalidad en su sentido formal- instituyendo a la omisión de perseguir como un hecho punible especial, cuyo autor es el funcionario y cuyo bien jurídico, designado de manera general, es el correcto funcionamiento de la administración pública o, mejor aún, de la administración de justicia penal.

[6] Cf. BACIGALUPO, Enrique, *Manual de Derecho penal*, Ed. Temis-Ilanud, Bogotá, 1984, ps. 131 y ss. (particularmente, p. 2, p. 133).

"solución de las partes", quienes de alguna manera regresan voluntariamente a la paz comunitaria (esto es, resuelven el estado de conflicto), frente a la solución autoritaria: por ej., nada impide que yo me allane a la demanda y pague aquello que no debo o por segunda vez aquello que ya he pagado, por más que esta sentida injusticia aparezca evidente ante los ojos del observador imparcial; tampoco nada impide que la "solución de las partes" sea extraña a la solución de la ley, como cuando un pleito de desalojo de un inquilino se trasforma en una venta del dominio sobre el inmueble, de común acuerdo.

Un corte sincrónico de la historia de las organizaciones sociales demostraría que, en más o en menos, esta tensión ha existido siempre y ambos sistemas estuvieron vigentes en una misma época, con predominio de uno u otro. Pero una visión diacrónica, más adaptada al estudio histórico del devenir de las instituciones en extensos períodos de tiempo, verificaría que uno de los sistemas se impuso sobre el otro, al punto de desplazarlo casi por completo. Aunque el ejemplo no represente la diferencia de sistema que hoy existe entre ambas categorías, en el propio Derecho romano coexistían los *delicta privata* al lado de los *delicta publica*, e, incluso, ambas categorías subsistieron al final del Imperio, cuando, de manera incipiente, comenzó la persecución penal pública u oficial de los delitos[7], según hoy se postula por regla genérica. Hoy en día existe parcialmente la misma excepción, de sentido inverso, aun en sistemas penales fuertemente influidos por la idea inquisitiva[8].

2. La segunda tesis, derivada de aquélla ya expuesta, afirma que el sistema penal es un instrumento contingente de la cultura humana: no existió siempre, al menos como sistema esencial de solución de conflictos sociales y sus bases principales, que lo identifican, desaparecerán, quizás, en algún período histórico futuro, todavía lejano a mi juicio y más lejano aún para predecirlo; la llamada "humanización" del sistema penal (esto es, de la pena, de las cárceles, de la persecución penal) en varios períodos históricos, la "crisis" actual del sistema, con sus determinaciones empíricas de "selectividad" y "colapso", más la verificación de su escasa influencia en los fines declarados del sistema, preventivos o retributivos, y, en especial, en la hoy llamada "seguridad ciudadana", como argumento justificativo fundado en el bien común, y hasta la "descriminalización" o la postulación de un "derecho penal mínimo", no son más que ataques parciales, más o menos vigorosos, más o menos velados, contra ciertas bases originarias del sistema. La escuela abolicionista actual representa un ataque masivo al sistema por sus columnas principales y, por ello mismo,

[7] Cf. VÉLEZ MARICONDE, cit. nota 1, p. 52: "Es el germen del régimen inquisitivo que después renacerá vigoroso en el seno del derecho canónico".

[8] Delitos de acción privada: en el Cód. penal argentino, arts. 73 y ss. (delitos contra el honor, competencia comercial desleal, lesión al deber de mantener el secreto particular).

supone también, previamente, un movimiento de 180 grados en la organización política que le sirve de soporte, al punto de que sus propuestas reales toman en cuenta más que una organización estatal, la existencia de una organización social vecinal[9].

De sistema penal sólo puede hablarse a partir de un determinado período histórico, que influyó más en algunos países (los de Europa continental) que en otros (los de Europa insular: el Derecho anglosajón); de sistema penal sólo puede hablarse en conexión con la creación de un poder político central, en grandes estructuras políticas, que alejan a sus súbditos del ejercicio cotidiano del poder político, esto es, desde la creación del *Estado-nación*, que termina con las soberanías locales (aproximadamente siglo XIII); desde allí en adelante, por impulso de la concentración de poder que supone la iglesia romana a través de la autoridad papal, comienzan a existir, en grandes proporciones, *pena estatal, persecución penal pública, extrañamiento de la víctima, persecutores públicos*, todos conceptos que, si bien no son sinónimos, al menos resultan implicados entre sí. El sistema penal, la pena, la persecución de la infracción por órganos del propio Estado, incluso la justicia penal, representan la necesidad del Estado de un sistema jurídico de control social, de control de sus súbditos, cuando la infracción es de tal magnitud que pone en peligro la paz social entre los habitantes o las bases de la misma forma de organización social. Históricamente, la concentración del poder político –al comienzo casi onomatopéyicamente en el poder papal o, en los Estados absolutos, en la figura del monarca– concibió el poder de castigar a súbditos como puro poder político de quien lo ejercía, para respaldo de la organización social establecida y para evitar la lucha entre ellos que pusiera en peligro la paz social; el nacimiento del Derecho penal propiamente dicho es posterior, ligado a una gran reforma de la organización social, propuesta por la Ilustración, estereotipada en las repúblicas nacientes y consistente en la limitación del poder de los funcionarios estatales, lograda por varios medios; tanto es así que la partida de nacimiento del Derecho penal es reconocida por todos en aquel librillo célebre del marqués de Beccaria sobre "los delitos y las penas"[10].

---

[9] Elocuente CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia* (trad. Alberto Bovino y Fabricio Guariglia), en AA.VV., *De los delitos y de las víctimas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, ps. 157 y ss.; Larrauri, Elena, *Victimología*, ibídem, p. 305, remarca el carácter vecinal y participativo del modelo reparatorio frente al sistema penal.

[10] Cf. BARATTA, Alessandro, *Viejas y nuevas estrategias de la legitimación del Derecho penal*, en "Poder y Control", Ed. PPU, Barcelona, 1986, nº 0, ps. 77 y ss.: primero apareció la *pena*, con su función de consolidación de las instancias políticas centrales y monopolización del uso de la fuerza física, luego el *delito*, como definición de crímenes y penas, que, a la par de extender la idea de criminalidad a otras relaciones y conflictos sociales y cumplir la función de autolimitación estatal, da nacimiento a la función legitimante del Derecho penal, en tanto significa, por una parte, sujetar el recurso a la fuerza a reglas (legalidad) y, por la otra, extender la protección de sus reglas a otros intereses, diversos de la mera acumulación y conservación del poder político.

Previo a ello, históricamente, el conflicto social pertenecía, en la organización local (feudal), a sus protagonistas, quienes, o bien pactaban la solución del caso (conciliaban intereses), para regresar ambos a la paz comunitaria, o bien luchaban entre sí, para saber quien perdía definitivamente esa paz y debía, al menos, extrañarse. Ello supone, como base política, una organización social vecinal, acotada territorialmente y en número de integrantes, en la cual los sujetos de derecho, reconocidos como tales plenamente, ejercían el poder político cotidianamente, reunidos en asamblea, en la que decidían los asuntos de vecindad, entre ellos, los litigios que hoy denominaríamos como judiciales e, incluso, penales. Se trataba de organizaciones sociales primitivas, en las que el ejercicio del poder era difuso, que no monopolizaban ni concentraban la hoy llamada fuerza pública o la coacción estatal[11].

Para advertirlo basta pensar en un modelo similar, actual hasta hace escaso tiempo: nada distinto ocurría en los conflictos internacionales, en los cuales, o bien los Estados en conflicto –sujetos de Derecho internacional– acordaban la solución, o bien se desataba la guerra entre Estados para que el de mayor vigor impusiera su solución al más débil (cualquier parecido con la realidad es pura coincidencia). Es que lo típico de esta forma de solución de conflictos es, precisamente, la inexistencia de un poder político central fuerte, capaz por sí mismo de lograr la paz social mediante la aplicación de métodos de control autoritarios y capaz también de monopolizar la violencia legitimada por el Derecho. De más está decir que el ejemplo ha perdido actualidad en los últimos años, pues la organización primitiva de Estados, que carecía en gran medida del poder de coacción, ha girado en escasos años violentamente y cada vez se afirma más la creación de un poder coactivo por parte de la sociedad de naciones y hasta su proyeccción en un poder penal internacional, con la institucionalización que ello supone: tribunales, persecutores oficiales y policía internacional, monopolio de la fuerza, etcétera.

Vale la pena aclarar que aun en organizaciones sociales más complejas que aquéllas que representa el último modelo, propio del derecho germano común antiguo, como por ej., en las ciudades-estados ateniense o romana de la Antigüedad, la existencia de delitos públicos y la ampliación del sistema de acción privada con la legitimación del actor popular– "... acostumbrando así el

---

La misma explicación, más extensa y más dedicada a la trasformación del poder desde la organización social primitiva en FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Ed. Gedisa, México, 1988, 3ª conferencia, ps. 63 y siguientes.

[11] En tren de trabajar con nociones sintéticas, es ilustrativa la división de organizaciones sociales que propone, en una monografía conocida, STRATENWERTH, Günter, *Die Zukunft des strafrechtlichen Schuldprinzips*, Ed. C.F. MÜLLER, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, ps. 5 y s. (versión castellana de Enrique Bacigalupo con la colaboración de Agustín Zugaldía Espinar, *El futuro del principio jurídico penal de culpabilidad*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1980, ps. 87 y siguiente).

legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo", en palabras de Solón[12]–, nunca concentró en el poder estatal el poder de reacción, que, como en épocas posteriores, residió en la voluntad individual, si se quiere no sólo de la víctima sino en cabeza de los ciudadanos[13], pero, en todo caso, determinante para el tratamiento de un caso, característica esencial de aquello que se denomina sistema acusatorio.

3. Por otra parte, ligado a la inquisición, funciona la *verdad histórica* como base indiscutible de distribuir culpas en el hecho que dio nacimiento al conflicto. El alto valor que la verdad histórica ocupa en la inquisición se aprecia al advertir que generó crueldades máximas, legitimadas por el orden jurídico en el pasado reciente, hoy ilegítimas pero aún existentes en el comportamiento de los órganos estatales de persecución. El rango de ese valor reside en que se trata del fundamento de la justicia del caso, incluso desplazando la solución conveniente para los intereses de los protagonistas del conflicto[14].

No ocurre lo mismo en la sociedad primitiva o en el modelo desconcentrado de solución de conflictos. Frente a aquel tipo de justicia, el modelo opuesto y previo tiene en cuenta los intereses concretos que genera el caso y las soluciones que esos intereses acuerdan para resolverlo. Conciliación, composición ofendido-ofensor, reparación integral del daño, necesidad de una solución que armonice los intereses en conflicto para lograr una nueva paz social, en fin, regreso al "status quo ante" como mejor solución del conflicto social, métodos propios del sistema en el cual la voluntad de los protagonistas gobierna el caso, representan las soluciones típicas del modelo opuesto. No escapa a la consideración del lector, seguramente, que esas soluciones fracasan muchas veces ante la necesidad del Estado de aplicar la pena estatal[15]. Si hasta la justicia bíblica

---

[12] PLUTARCO, *Vidas paralelas*, Ed. Aguilar, Madrid, 1964, Solón, XXIII, p. 123.

[13] Nos dice Plutarco que Solón, "advirtiendo que todavía convenía dar más auxilio a toda la flaqueza de la plebe, concedió indistintamente a todos el poder de presentar querella en nombre del que hubiese sido agraviado; porque herido que fuese cualquiera, o perjudicado o ultrajado, tenía derecho el que podía o quería de citar o perseguir en juicio al ofensor: acostumbrando así el legislador a los ciudadanos a sentirse y dolerse unos por otros como miembros de un mismo cuerpo". Se cita también una sentencia suya que consuena con la ley: porque preguntando, a lo que parece: "¿cuál es la ciudad mejor regida?", "Aquélla -respondió- en que persiguen a los insolentes, no menos que los ofendidos los que no han recibido ofensa"; Plutarco, ibídem.

[14] El valor de la verdad para la justicia penal, sin embargo, no puede dejar de lado su función de *garantía* para el justiciable, esto es, para quien soporta la persecución penal y corre riesgo de tener que soportar la pena estatal: cf. sobre ello, extensamente, FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón* (trad. AA.VV.), Ed. Trotta, Madrid, 1995, ps. 45 y ss., 69 y s., 129 y ss., y 603 y ss. La sola mención del principio de inocencia y de su derivado, el *in dubio pro reo*, con el papel que le corresponde en la sentencia, debería bastar para advertir esta afirmación (Maier, *DPP*, Ed. del Puerto, 1999, ps. 490 y siguientes).

[15] En la ciencia jurídico-penal ha cumplido el papel de argumento legitimante la *teoría del bien jurídico*: presentada por el modelo liberal como limitadora del ejercicio del poder penal del Estado, ella se vincula al desplazamiento del interés de la víctima -y también del autor, en tanto desplaza, en general, al principio de autonomía de la voluntad como método posible de solución del conflicto autor-víctima-, pues *objetiva*

presenta modelos fundados en la utilidad concreta de una determinada solución, quizás reñida con la verdad.

4. Llega el momento de aproximarnos al sistema penal tal como nació una vez que la reforma lo alcanzó, para crear el Derecho penal propiamente dicho. La Ilustración se miró en el espejo de las instituciones inglesas, según expresión del mismo Montesquieu[16], país que, por el cisma religioso, no sufrió el fenómeno de la "recepción del Derecho romano-canónico", origen de la Inquisición. Sin embargo, esta intención inicial no logró consolidarse, por diferentes razones, cuando la reforma se estabilizó definitivamente en la conformación de una nueva organización política: el Estado de Derecho. De tal manera, los proyectos iluministas debieron competir, por diferentes razones, con el "*ancien régime*" y fusionarse con él, mediante compromisos políticos, en un nuevo orden, con segmentos de una y otra extracción. Así como la organización social mantuvo la estructura política llamada "Estado-nación", procedió, sin embargo, a desmembrarla en diferentes departamentos de gobierno –administrativo, legislativo y judicial– para reducir el peligro del despotismo; por otra parte, los súbditos incondicionales del monarca adquirieron *status* de ciudadanos y, con ello, recuperaron algunos derechos políticos para influir en su propio destino; y resultó de suma importancia someter a los funcionarios a la ley para evitar abusos, mediante la descripción de su competencia y de sus facultades, autorizaciones y limitaciones de su poder fuera de las cuales la acción que cumplían era ilegítima y generaba responsabilidad personal, paradigma básico del Estado de Derecho. Ello, según se observa, no varió la base de la organización social, que fue confirmada, pero la reformó radicalmente en sus relaciones internas. Conceder poder pero, al mismo tiempo, limitarlo, era la consigna.

---

intereses jurídicos desprendiéndolos de su portador concreto, la persona o el sujeto de derechos; así, lo importante parece ser, preferentemente, la lesión a la norma impuesta por el Estado que protege, por ej., la *integridad física* o el *patrimonio*, antes que el interés concreto del portador en esos bienes; ello explica, por ej., que la colaboración en un suicidio pueda ser punible y como delito autónomo (CP arg., 83). Si bien el Derecho penal material hace rato que se dio cuenta, por varias vías y aun limitadamente, del valor de las decisiones de quien es portador del bien jurídico en la fundamentación o exclusión del ilícito (consentimiento, acuerdo), la extensión a la persecución penal del valor de esas decisiones (con posterioridad a la consumación) es hoy, todavía, un caso excepcional.

[16] Cf. *Del espíritu de las leyes*, Ed. Porrúa, México, 1992, Libro Undécimo, caps. V y VI, ps. 103 y ss.: "Pero hay también en el mundo una Nación cuyo código constitucional tiene por objeto la libertad política. Vamos a examinar los principios fundamentales de su Constitución. Si son buenos, en ellos veremos reflejada la libertad como en un espejo.

Para descubrir la libertad política de la Constitución no hace falta buscarla. Si podemos verla donde está, si la hemos encontrado en principios, ¿qué más queremos?".

Y a continuación, el cap. VI, ps. 104 y ss., titula: "De la Constitución de Inglaterra".

En materia penal quedan, sobre este aspecto, aun menos dudas acerca de este aserto: ibídem, Libro VI y p. 105 (sobre el jurado y los jueces profesionales).

De la misma manera ocurrió en segmentos particulares de la organización estatal. Uno de ellos, el sistema penal, es clásico para explicar esta evolución. El siglo XIX confirmó, en definitiva, todas las bases de la Inquisición: monopolio de la violencia legítima –fuerza pública– por parte del Estado y, entre esas autorizaciones coactivas, pena y coacción penal como poder estatal, máximos exponentes de esa violencia legítima, con ello, persecución penal oficial y averiguación de la verdad como sinónimo de administración de justicia. Pero también aquí le impuso limitaciones a ese poder, sólo desarrollable conforme a la ley material y formal (principio de legalidad), con ámbitos personales excluidos de ese poder (principio de reserva) y, fundamentalmente, con la inclusión de un catálogo de garantías formales que, dicho de manera general, lo tornan soportable, evitan el arbitrio al máximo posible y conservan siempre un mínimo aceptable de dignidad humana aun para quien sea perseguido penalmente o deba sufrir una pena.

Este desarrollo, que al mismo tiempo conserva y reforma, es característico en el procedimiento penal del incipiente Estado de Derecho: al lado de instituciones que recuperó la Ilustración, como el juicio público frente a un tribunal imparcial, cuyos integrantes debían ser personas distintas de aquéllas que habían intervenido en la averiguación para provocarlo y, más aún, de extracción popular (los jurados), se conservó el baremo de la "verdad correspondencia" como meta del procedimiento y hasta el inquisidor de *l' ancien régime*, encargado de averiguarla en secreto y sin defensa alguna para el perseguido penalmente; de ello provino también un procedimiento inicial registrado por actas, que logró penetrar el juicio público mediante la lectura y, con el tiempo, un retroceso hacia la justicia de gabinete que expulsó, al menos parcialmente, a los jurados y hasta estableció deberes de investigación autónoma –de oficio– de la verdad por parte de los jueces del tribunal del juicio[17].

5. En el siglo XX, después de múltiples reformas parciales, y sobre todo en las últimas décadas, el sistema así creado colapsó. Posiblemente la concentración humana, hija de la revolución industrial, el avance de la ciencia y de la técnica, y, por ende, de las relaciones humanas, especialmente del comercio, variaron por completo el mapa del delito y sus formas. Pero, con más proximidad al sistema penal en sí mismo, la criminología y la ciencia empírica comenzaron a describir fenómenos que, por una parte, demostraban la

[17] Un buen ejemplo de esta caracterización resulta ser la vocación del procedimiento penal hacia la "verdad". Según lo advertimos, esa vocación es el comienzo de crueldades extremas, casi inimaginables ya para nosotros, al menos desde el punto de vista jurídico-abstracto; pero, al mismo tiempo, con ciertas reglas complementarias –por ej.: el *in dubio pro reo* en la sentencia, las limitaciones o prohibiciones probatorias–, la "verdad" funciona también como garantía y limitación (cf. nota 14).

irracionalidad de las metas ideales del sistema y, por la otra, señalaban resultados "naturales" del sistema, impensados antes. Para no abrumar con estos resultados, señalemos únicamente que los fines establecidos de manera ideal para la pena estatal –prevención general y especial en cualquiera de sus formas– no sólo distaban de ser verificados en el mundo real, sino que, además, la aplicación de la pena lograba, a menudo, metas contrarias a las propuestas: a manera de ejemplo, la tendencia hacia la prevención especial positiva, que marcó vigorosamente la ideología penal de la posguerra, al punto de que hasta ahora se conserva como ideal en las constituciones y leyes modernas, y a cuyo amparo crecieron los establecimientos carcelarios "social-terapéuticos", sufrió una dura derrota en la realidad; y, más aún, fueron conocidos efectos de la subcultura carcelaria, como el inicio y aprendizaje de la denominada "carrera criminal", que, precisamente, contradecían aquel ideal. La pena privativa de libertad, núcleo y paradigma de la pena estatal, no operaba como disuasivo o como aprendizaje de una conducción de vida conforme a Derecho, sino todo lo contrario, como incentivo criminal[18].

El principio de legalidad formal, que, como contrapartida del mismo principio garantista en el Derecho penal, procuraba la persecución penal de todos los delitos perpetrados y fijaba el deber de los funcionarios policiales y judiciales de proceder ante la noticia de la perpetración de un delito, ideal extraído de un tratamiento igualitario frente a la ley, no sólo se mostró irrealizable, tan siquiera por vía de aproximación, sino que, además, mostró su lado oscuro: el sistema penal íntegro "seleccionaba" a quienes lo sufrían, y seleccionaba de la peor manera posible, por categorías de personas más vulnerables al sistema, por categorías de delitos y de eficiencia defensiva frente a la persecución penal. Para ilustrar estas realidades bastan escasos ejemplos: la llamada "cifra negra" del delito, que alude al conocimiento de las autoridades de la persecución penal sobre la perpetración de hechos punibles, duplica y hasta triplica el número de hechos punibles conocidos; de los hechos punibles conocidos y, por ello, provocadores de un procedimiento judicial, un porcentaje enorme no llega tan siquiera a averiguarse y muy pocos de los averiguados arriba a una sentencia –menos del 10% en el mejor de los casos–, al punto de que el procedimiento penal ha sido comparado con un embudo por los criminólogos, pero con un embudo con paredes llenas de agujeros[19]: la ventaja para el embudo común

[18] Sobre los problemas de la pena privativa de libertad, sus fines y su ejecución, y, en especial, acerca de la subcultura carcelaria, contemplados todavía en pleno auge de la euforia sobre la "resocialización", cf. KAUFMANN, Hilde, *Kriminologie III (Strafvollzug und Sozialtherapie)*, Ed. W. Kohlhammer, Stuttgart, 1977, ps. 15 y ss.; KAISER, Günther y otros, *Strafvollzug (Eine Einführung in die Grundlagen)*, Ed. C.F. MÜLLER, Karlsruhe, 1974, § 4, ps. 44 y ss. y § 12, 3, ps. 141 y siguientes.

[19] KAISER, Günther, *Kriminologie* (7ª edición), Ed. C.F. MÜLLER, UTB, Heidelberg, 1985, § 18, ps. 124 y ss., en especial, cuadro representativo en p. 129.

consiste en que todo el líquido que vertimos en él sale por un agujero más pequeño y sólo debemos observar la precaución de un ingreso lento, para que no rebalse, mientras que nuestro "embudo penal" pierde la mayor parte de su alimento antes de desembocar en el tubo final y aun antes de ser alimentado.

El Derecho penal también puso lo suyo: "infló" el sistema de prohibiciones y mandatos amenazados con penas, al punto de que no parece ser posible que el legislador abdique de este poder aun en leyes que no tienen por objeto principal la regulación de relaciones jurídico-penales, con lo cual agregó ineficiencia al sistema, despreocupado por la realización práctica de sus normas. Si se agrega a ello el escaso cuidado por la precisión semántica de las reglas penales (*Tipizität* en el sentido utilizado por Beling), que hasta han llegado a prescindir de la descripción de acciones humanas cuya realización se induce o no se desea, para abarcar meras relaciones de poder sobre objetos (delitos de tenencia), casi siempre por razones procesales (probatorias), con la consecuencia que tal indeterminación sugiere para el poder del juzgador (discrecionalidad en grado extremo), se tendrá una idea aproximada acerca de la desvalorización del principio de legalidad material.

Así, sobre finales del siglo XX, la "crisis del sistema penal" es nuestro tema preferido y obligatorio. A modo de paliativo parcial, inorgánico por el momento, juristas y legisladores introdujeron ciertas modificaciones al sistema, todas ellas sumamente discutibles y discutidas en la actualidad, pues, como se verá, en todo caso producen un ataque contra las bases ideales originarias del sistema[20]. Mencionadas estas reformas sintéticamente por orden de aparición y por denominación general, sólo en el ámbito próximo al proceso penal y en relación al ingreso más o menos perfecto del principio de autonomía de la voluntad al Derecho penal: se permitió el ingreso del principio de oportunidad, combinándolo con su opuesto contradictorio, en busca de algún respiro para la sobresaturación de casos que ingresan al sistema, de una selección más racional de los casos procesados y de un mejor aprovechamiento de los recursos humanos y materiales con los que cuenta el poder judicial; se prosiguió con sistemas de abreviación del rito penal, que conducen, incluso, a negociaciones sobre la pena misma (por ej., CPP Italia); a ello le sigue la tentativa de sustituir, al menos parcialmente, al sistema penal o de disminuir su aplicación, reemplazándolo por otra solución en algunos casos, tentativa ciertamente influida por el abolicionismo[21].

---

[20] Específico, respecto de la reparación como tercera vía del Derecho penal, Hirsch cit. nota 4, VI, ps. 705 y ss., y IX, p. 721.

[21] Sería interminable enumerar las múltiples injerencias que hoy permiten las leyes procesales en las libertades o derechos propios del liberalismo penal, escasamente justificadas por la legislación, que ha abdicado en gran medida de su papel limitador del poder penal, siempre por motivos de eficiencia probatoria y sin vinculación alguna con el tema aquí abarcado.

A esta realidad pertenece, precisamente, la tendencia actual de incorporar a la reparación integral como "tercera vía" del Derecho penal material y, en el Derecho penal formal, el paradigma de la "verdad consensual", que compite hoy con el antiguo de la "verdad correspondencia" como fundante de la decisión penal. Ciertamente, ninguna de las dos apariciones resulta criticable en abstracto, pues tanto el esfuerzo del autor por restituir el mundo al estado que debería tener si él no hubiera interferido con su acción u omisión ilegítimas, parece la mejor solución de un conflicto social (piénsese, por ej., en los delitos contra el ambiente), así como la composición autor-víctima aparece como el mejor modo de llegar a restablecer la paz jurídica y social. Pero tal valoración no oculta de manera alguna la competencia que un sistema extraño le plantea al Derecho penal clásico.

6. Cualquiera que sea la relación de fuerzas entre ambos sistemas, en los ordenamientos positivos de los países de nuestra cultura, en todos ellos se asiste, en más o en menos, a embates vigorosos de la *composición* contra la *inquisición*. Así, bajo diferentes nombres, se observa una irrupción de soluciones alternativas, al menos en la política criminal, que, aun cuando limitadas y débiles, significan contradecir las bases del sistema de justicia penal estatal: persecución penal pública, pena estatal y verdad histórica (correspondencia) como fundamento de la decisión. A ello se arriba por varios caminos: quiebra del principio de legalidad en la persecución penal debida, fundamentalmente, a la imposibilidad fáctica de que el Estado se ocupe de todos los conflictos penales y al reconocimiento de la selectividad empírica del sistema; modos de abreviación del rito judicial por consenso de los protagonistas, debido a la imposibilidad de tratar todos los casos penales según el sistema ideal en el Estado de Derecho (el juicio público); derechos de intervención de la víctima y reparación del daño ocasionado, por restitución del valor del interés de la víctima en el caso penal; y soluciones de auxilio para ella, como las que representa nuestra "suspensión del juicio a prueba", sometida, principalmente, a la solución reparatoria, su base indiscutible[22], y la misma *mediación* para una solución alternativa por vía de la composición autor-víctima; crisis de la pena estatal, fundamentalmente de la pena privativa de libertad, hoy todavía centro del sistema, reemplazada por soluciones alternativas (*diversion*).

Todas esas irrupciones, molestas para el sistema penal, cualquiera que sea su nombre, el problema que pretendan solucionar y el ámbito más o menos reducido de casos que abarquen, representan, casi siempre, un modelo distinto de justicia, fundado más en el *consenso* que en la *verdad histórica*

[22] CP arg., 76 *bis* y siguientes.

(correspondencia)[23] El principio de autonomía de la voluntad, que reina en el Derecho privado, parece haber regresado al Derecho penal para ocupar algún lugar, todavía no determinado por completo, razón por la cual algún autor ya expresó la tendencia hacia la "privatización" del Derecho penal[24]. Ello contrasta, ciertamente, con la tendencia contraria que, al menos entre nosotros, domina el ámbito del Derecho civil y procesal civil.

La discusión político-criminal actual versa hoy mucho más sobre el ámbito aceptable de casos abarcados por estas soluciones y sobre la forma con que ellas son introducidas al sistema, que sobre su bondad y eficacia.

7. Se tropieza, sin embargo, con diversos inconvenientes para el regreso de soluciones consensuales. El principal: la desigualdad de poder económico-social de los protagonistas se traslada, directamente, al sistema penal, de manera tal que el consenso queda regularmente viciado por esta desigualdad de poder, como ya sucedió en épocas antiguas, durante el reinado de la composición, razón por la cual la inquisición nació rodeada de una aureola de justicia racional, para evitar estos abusos; y como sucede ahora en el sistema de justicia civil o de Derecho privado. Cabe aclarar que el sistema penal, según quedó esbozado, sufre ya este inconveniente y en grado superlativo, y, además, que él no es propio del sistema judicial, como no es propio del sistema de salud el hecho de que, frente a él, existan personas carenciadas, personas con acceso débil y personas bien cubiertas.

Por otra parte, la amenaza de una pena estatal como resultado eventual del conflicto se cierne como una espada de Damocles ante quien, eventualmente, deberá soportarla, aspecto que, sin duda, provoca ciertos vicios del consentimiento, que ya no puede caracterizarse como completamente "libre" o "voluntario".

Además, la verdad como fundamento de la justicia y de la pena, no es sólo la base de crueldades horrorosas de la inquisición histórica, sino también un límite real al poder penal, que, teoréticamente, nos iguala a todos frente a él, si fuera aplicado correctamente[25]. La corrección de su aplicación, sin embargo, nada dice acerca de la bondad de la solución material que el Derecho penal propone.

El homenajeado de hoy, Prof. Dr. Marino Barbero Santos, quien me honró y me honra con su amistad, y me consuela con su afecto y cariño,

---

[23] Cf., para una defensa inteligente de los principios tradicionales y para comprender los innumerables problemas y contrastes que presenta el debate, Andrés Ibáñez, Perfecto, *El Ministerio Fiscal entre "viejo" y "nuevo" proceso*, en *La reforma del proceso penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, ps. 84 y siguientes.

[24] Eser, Albin, *Zur Renaissance des Opfers im Strafverfahren (Nationale und internationale Tendenzen)*, en *Festschrift für Armin Kaufmann* cit., p. 746.

[25] Ferrajoli, *Derecho y razón* cit. nota 14.

demostrado en las múltiples oportunidades en que ellos fueron necesarios, fue y es, como todo buen científico y todo buen jurista, alguien preocupado por ambos aspectos del sistema penal. Mi confesión de perplejidad ante el mundo moderno –llamado por algunos *posmoderno*–, pobre sin duda, quiere tan sólo rendirle un homenaje a esa preocupación por el futuro de nuestra ciencia y de nuestra cultura, y significa, además, mi tributo a su amistad y afecto, conservada por años, a pesar de la distancia.