

¿ES EL DERECHO PENAL EL PADRE DE TODAS LAS CIENCIAS?

Minor E. Salas Solís

ITER CRIMINIS – Revista de Ciencias Penales

Núm. 5 – Tercera época

Tlalpan, México – 2006

Pp. 155 - 174

<http://www.cienciaspenales.net>

¿ES EL DERECHO PENAL EL *PADRE* DE TODAS LAS CIENCIAS?

(REFLEXIONES SOBRE EL PAPEL DE LA DOGMÁTICA JURÍDICA
EN EL SURGIMIENTO DE LA MENTALIDAD
TECNO-CIENTÍFICA)

MINOR E. SALAS SOLÍS

La ciencia es la historia de las religiones muertas.

Óscar Wilde*

En este artículo el autor, profesor de la Universidad de Costa Rica, analiza, desde el punto de vista histórico-filosófico, la incidencia que ha tenido la metodología jurídico-penal en el desarrollo de la mentalidad tecno-científica. Tradicionalmente se ha creído que la influencia del Derecho, específicamente de la dogmática, en nuestra cultura intelectual ha sido relativamente escasa o nula. Sin embargo, algunos autores (en especial Michel Foucault y Harold Bergman) consideran que la dogmática jurídica de los siglos XI-XIII ejerció una considerable influencia en el nacimiento de lo que hoy día se denomina "método científico" y que, con ello, se fundaron las ciencias modernas, tanto naturales como sociales. El ensayo se entrecruza, así, entre la historia del Derecho Penal, la metodología jurídica y la filosofía de la ciencia.

* Citado en Strich, M., y Hossfeld, P., *Wissenschaft im Zitat*, Verlag Werner Dausien Hanau, Leipzig, 1985, p. 19, trad. del autor.

I. EL PROBLEMA Y SU CONTEXTO HISTÓRICO

¿Cuál es el problema que se quiere exponer en este trabajo? Describámoslo, concretamente, así: la historia del pensamiento científico, en especial, la historia de las llamadas ciencias modernas (tanto las naturales como las sociales), ha rehusado, tradicionalmente, a considerar los *aspectos jurídicos* como un factor importante para comprender su evolución.¹ El Derecho, en general, ha sido omitido como una variable relevante a tomar en cuenta por la mayoría de los historiadores de la ciencia. Por lo general, las reconstrucciones sobre el “nacimiento” de la ciencia moderna y del llamado “método científico” se retrotraen hasta los siglos XVI y XVII con los trabajos de los grandes pensadores (filósofos, matemáticos, astrónomos) de la época.² Las figuras y obras que suelen aparecer, en un primer plano, son las de Francis Bacon, Nicolás Copérnico, Galileo Galilei, Johannes Kepler, René Descartes, Pierre Gassendi, Isaac Newton, entre otras.³ Las referencias directas a las condiciones sociales de la época o a la potencial influencia de factores jurídicos quedan aquí en total suspenso. La ciencia moderna es, así, algo que se explica desde la ciencia misma.

En este trabajo voy a apartarme de esta perspectiva tradicional (“cientificista” desde mi punto de vista)⁴ de hacer historia del pensamiento científico. Para ello, trataré de rescatar, de una forma muy

¹ En vano busca uno, por lo general, en un libro de historia de la ciencia, reflexiones sobre la incidencia de aspectos políticos, sociales o jurídicos en el planteamiento de ideas o en el desarrollo de las invenciones científicas. Véase, empero, Sandkühler, H.J., *Natur und Wissenskulturen. Sorbonne-Vorlesungen über Pluralismus und Epistemologie*, Verlag J.B. Metzler, Stuttgart, Weimar, 2002, en especial los puntos 1 y 11.

² Al respecto, Kearney, H., *Orígenes de la ciencia moderna: 1500-1700*, Madrid, Guadarrama, 1970; Bernal, J.D., *Science in History*, Nueva York, Hawthorn Books, 1965; Crombie, A.C., *Medieval and Early Modern Science* (2 vol.), Nueva York, Doubleday & Company, 1959.

³ Para una visión detallada de los aportes de estos autores a la ciencia, véase Röd, W. (ed.): *Geschichte der Philosophie, Die Philosophie der Neuzeit* 1 y 2, correspondientes a los tomos VII y VIII de su *Historia general de la Filosofía* en 12 tomos, Munich, C.H. Verlag, 1975 y ss.

⁴ Entendiendo por “cientificista” un enfoque que ignora o desconoce variables explicativas que estén más allá de las ciencias mismas; o sea, variables de corte político, sociológico, jurídico, etc.

breve, la posible incidencia de la investigación jurídica en la evolución del pensamiento tecno-científico. Es obvio, y así hay que advertirlo desde ya, que las tesis que aquí se exponen tienen un carácter fundamentalmente *exploratorio*. Su validez y precisión epistemológica quedan sujetas a minuciosos estudios historiográficos que, lamentablemente, todavía están pendientes y sobre los cuales apenas se ha empezado a especular en alguna medida.⁵

Además, es necesario, desde ya, enfatizar que lo que en este trabajo se pretende no es hacer *propaganda* a favor de nuestro propio campo profesional (el Derecho) ni tampoco incurrir en apologías burdas de conocimientos que no existen o de prácticas científicas imaginarias. Todo lo contrario. Somos los primeros en aceptar las enormes deficiencias cognitivas que, inevitablemente, arremeten contra la llamada “ciencia jurídica”.⁶ Ya en otros lugares he apuntado que el Derecho es, esencialmente, una industria *mitologizante* de la conciencia social, cuyo núcleo básico está dado por prácticas retóricas, por discursos legitimantes, por fórmulas lingüísticas vacías y por pretensiones pseudo-científicas que en la realidad no existen, ni pueden existir.⁷ De allí

⁵ Los trabajos fundamentales que conozco en este sentido son: Foucault, M., *La verdad y las formas jurídicas*, 4a. ed., Barcelona, Gedisa, 1995; Berman, H., *Law and Revolution*, Harvard University Press, 1983; Ferrajoli, L., *Derecho y Razón*, España, Trotta, 1998; Zaffaroni, E. R. *et al.*, *Derecho Penal. Parte General*, Argentina, Ediar, 2001.

⁶ Aquí no es necesario problematizar el asunto de si el Derecho es o no una ciencia. Al respecto, y con carácter meramente ilustrativo, Palomino Manchengo, J. (ed.), *Discusión sobre el carácter anti-científico del Derecho*, Lima, Grijley, 1999.

⁷ Con mucho detalle en mi libro: *Kritik des strafprozessualen Denkens*, Munich, C. H. Beck Verlag, en especial los párrafos 8 a 11, pp. 99-129; además, mi artículo “La metodología jurídica como cazadora de mitos: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la Teoría del Derecho”, de próxima publicación en *Isonomía*. Revista de teoría y filosofía del Derecho, México. De la enorme cantidad de literatura crítica respecto a la “ciencia jurídica”, consúltese, a título ilustrativo, Rütters, B., *Rechtstheorie*, München, C.H. Beck, 1999; Haba, E. P., “Metodología realista-crítica y ética del razonamiento judicial (Realismo jurídico como alternativa práctica al discurso normativista de los jueces)”, en *Doxa* 25 (2002), Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, Universidad de Alicante, pp. 503 y ss.; Arnold, Th., *The Symbols of Government*, New York, A Harbinger Book, 1962; Frank, J., *Law and the Modern Mind*, New York, Tudor, 4a. ed., 1936; Engisch, K., *Einführung in das juristische Denken*, Kohlhammer, 9. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1997; Esser, J., *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Fischer Athenäum, Frankfurt am

que el título de este ensayo sea más bien una *invitación polémica* a reflexionar sobre un filón investigativo distinto (alternativo) de la historia de las ciencias y, en especial, sobre la historia de eso que, con un vocablo bastante impreciso, se suele llamar la "mentalidad científica moderna".⁸

Lo que se busca no es, entonces, defender lo indefendible. Mi preocupación radica más bien en proponer una perspectiva más equilibrada, y acorde con la experiencia histórica, de la evolución de ciertas ideas filosóficas y científicas. Si consideramos que el Derecho es, quizás, una de las herramientas fundamentales en la conformación de las comunidades humanas, entonces hemos de admitir también que éste ha de tener alguna incidencia en la manera en que la ciencia se organiza, en los descubrimientos que allí se hagan y, en fin, en la manera en que ha evolucionado la gigantesca estructura del saber tecno-científico en los últimos siglos de la aventura humana. Debe quedar, además, sobrentendido que este no es un trabajo de dogmática jurídico-penal en sentido estricto. Se trata, más bien, de una exploración *interdisciplinaria* que se ubica en un punto de fusión de varios campos: la historia del Derecho Penal, la historia de la ciencia, la metodología jurídica y la Filosofía del Derecho.

II. RECONSTRUCCIÓN DE LA CIENCIA MODERNA A PARTIR DE UNA MATRIZ JURÍDICA

Antes de hacer la presentación sobre el papel del Derecho (penal) en la configuración de ciertas *estructuras* de la mentalidad científica, en especial de la Europa de los siglos XI, XII y XIII, es necesario efectuar

Main, 1972; Lautmann, R., *Justiz – die stille Gewalt, Teilnehmende Beobachtung und Entscheidungssoziologische Analyse*, Frankfurt am Main 1972.

⁸ Es claro que no existe nada que se pueda designar como "la" mentalidad científica. Sin embargo, hoy día hay algún grado de consenso en reconocer que la ciencia actual parte de ciertos presupuestos metodológicos básicos: constatación empírica de hipótesis, verificación o falsación de determinados hechos, control intersubjetivo de los postulados, publicidad de los descubrimientos, coherencia lógica de los axiomas básicos, etc.

algunas precisiones sobre el significado que tiene la discusión metodológica para el Derecho. La pregunta central que uno debe plantearse aquí es la siguiente: ¿cuál es el papel de los métodos de investigación en la "ciencia jurídica"? Es decir, ¿por qué se habla de "métodos" en el Derecho?

Estas interrogantes son de una importancia capital, pues no hay que olvidar que, en muchas otras áreas del saber humano (sean de las ciencias naturales o sociales), se estima que son los "métodos" (más allá de cómo se les entienda) los que, finalmente, le dan el carácter específico a la disciplina en cuestión.⁹ La diferencia entre la astrología de la Edad Media y la astronomía contemporánea no es solamente temporal sino, y básicamente, metodológica. Igual sucede con otras áreas como la alquimia y la química, la fisionomía y la antropología física, etcétera.

Es decir, la naturaleza *sui generis* de una disciplina, su estatus social y científico en una comunidad dada, se adquiere, según esta perspectiva, por los tipos de *métodos de trabajo* que allí se empleen. Si un campo específico (por ejemplo, la medicina o la ingeniería) no se diferenciase para nada en las formas de trabajo que utilizan, entonces es probable que las personas se sintieran tentadas a restarle importancia y validez epistemológica a dicho campo. Esto tendría incidencias directas en el estatus del conocimiento ahí generado y, por supuesto, también en el estatus de las personas que generan ese conocimiento. De allí, pues, que la discusión metodológica tenga una importancia medular, no sólo en el ámbito puramente lógico (*contexto de validez*); es decir, en lo relativo a la legitimidad cognitiva de los asertos fundamentales de un área del saber humano, sino también en el plano sociológico (*contexto de descubrimiento*). Los métodos otorgan, por lo tanto,

⁹ Para la discusión metodológica, véase: Popper, K., *Logik der Forschung*, 10a. ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1994, en especial el capítulo II, p. 22 y ss.; Feyerabend, P., *Against Method*, 3a. ed., Verso, Londres, Nueva York, 2001; Haba, E.P., "Racionalidad y Método para el Derecho: ¿Es eso posible?", en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Universidad de Costa Rica, núms. 66 y 67, septiembre – diciembre, 1990, pp. 67-134 y 169-244, respectivamente. Desde una perspectiva que no se comparte aquí, pero interesante: Gadamer, H.G., *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1990, en especial la segunda parte, pp. 177 y ss.

prestigio, legitimación y reconocimiento a las distintas esferas del saber científico.

Estas reflexiones no son, por supuesto, ajenas al campo jurídico. Es en esta área del saber donde existe, desde hace varios milenios, una discusión en torno a cuestiones metodológicas en sentido amplio.¹⁰ De lo que se trata allí es, esencialmente, de dos cosas: primera, de tipificar y regular las conductas prohibidas (por las razones que sean) de tal suerte que su infracción no quede impune ante el individuo o ante la comunidad, y segunda, que la sanción impuesta guarde alguna relación (aunque sea muy indirecta) con el hecho cometido. Aun en sus formas más arcaicas, es necesario tener en cuenta, que la imposición de un castigo requirió siempre (y ello es plenamente válido en la actualidad) de algún tipo de *justificación* (psicológica, lógica, religiosa u otra). No importa si esta justificación aparece, según nuestros baremos técnicos de *racionalidad* actuales, como totalmente absurda. Así, por ejemplo, cuando el conocido *Malleus maleficarum* (1487) del inquisidor Heinrich Kramer y del provincial Jacobus Sprenger obligaba a quemar (hasta las cenizas) a las mujeres que habían cometido el delito de *coitus cum diabolo*, lo hacía sobre la base de todo un procedimiento y argumentación tremendamente complejos. Este procedimiento es, si se aceptan las bases allí postuladas, implacablemente “racional”.

En la actualidad, el problema metodológico en el Derecho sigue siendo, con un lenguaje muy distinto, prácticamente el mismo. Para ponerlo en los términos más simples posibles, digamos que las preguntas fundamentales que desea contestar la actual metodología del Derecho son las siguientes: ¿cómo resuelven los juristas (sean estos jueces, abogados, litigantes, fiscales) sus casos prácticos? ¿Existen determinados “métodos” o herramientas teóricas que les sirvan para cumplir tal tarea o acaso es que la aplicación del Derecho está sujeta, finalmente,

¹⁰ Asumo como punto de partida, muy general por supuesto, la implementación del Código de Hammurabi hacia el año 1750 a.C. Esto no significa afirmar que la “metodología jurídica” haya nacido en ese entonces, lo que sería exagerado (¡o incluso absurdo!), pues ésta es una creación, básicamente, del siglo XIX. Lo que nos interesa rescatar es que las preguntas fundamentales sobre el control social y la forma en que debía ejercerse ese control están presentes en el Derecho desde hace siglos.

al azar y a la arbitrariedad (subjetividad) de quienes resuelven? ¿Cuál es el grado de racionalidad (o irracionalidad) que impera allí para tomar las decisiones? ¿Qué papel juega la ideología política, moral o religiosa en la labor judicial? ¿Está el juez vinculado estrictamente a la ley o actúa más allá de ella? ¿Es el Derecho, finalmente, una “ciencia”?¹¹

La **tesis central** que en este trabajo se va a plantear consiste, resumidamente, en afirmar que fue esta discusión metodológica, especialmente la que se dio en la Jurisprudencia penal y procesal penal durante los siglos XI al XIII, la que sentó las bases epistemológicas para una nueva forma de hacer ciencia, así como para una nueva manera de entender lo que es una “verdad científica”. Apartándose de la tradición platónica de las “esencias eternas” y de la tradición aristotélica de las “primeras causas”, la Jurisprudencia medieval desarrolló un estilo argumentativo basado en la demostración fáctica (prueba), en la probabilidad y en la persuasión discursiva (tópica jurídica, hermenéutica).

Para la demostración de ciertas hipótesis debía ofrecerse material probatorio y todo esto, a su vez, estaba estrechamente relacionado con el concepto de verdad probable. Ello condujo al desarrollo de una escala de probabilidades, en la cual las presunciones jugaron un papel lógico muy importante.¹²

Quiero señalar que las ideas aquí examinadas agregan sólo algunos elementos nuevos a lo ya expuesto, de manera general, por Michel Foucault en su obra: *La verdad y las formas jurídicas*. El elemento *novedoso* que trato de aportar con este trabajo, apunta hacia las relaciones subyacentes (y no siempre expresadas) entre la filosofía de la ciencia, por un lado, y la epistemología del discurso, por el otro. Dicho con palabras más claras: si bien es cierto Foucault argumenta que una

¹¹ Una discusión respecto a las preuntas de la metodología jurídica en: Calvo García, M., *Los fundamentos del método jurídico: una revisión crítica*, Madrid, Tecnos, 1994; Rüthers, B., *op. cit.*; Rohl, K., *Allgemeine Rechtslehre*. Ein Lehrbuch, 2a. ed., Carl Heymanns Verlag, Köln *et al.*, 2001; desde una perspectiva que no comparto: Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6a. ed., Springer-Verlag, Berlin *et al.*, 1991. Sobre las cuestiones históricas del método jurídico: con carácter enciclopédico, Fikentscher, W., *Methoden des Rechts* (5 ts.), J.C.B. Mohr, Tübingen, 1975 y ss.; y Hernández Gil, A., *Metodología de la ciencia del Derecho* (3 ts.), editado por el propio autor, Madrid, 1971.

¹² Berman, H., *op. cit.*, p. 252.

posible base para la construcción de lo que hoy entendemos por “verdad” reposa precisamente en el Derecho Penal; no terminó él de trasladar esos conocimientos al campo de la epistemología general, en especial, al desarrollo de las ciencias modernas. De allí que las explicaciones historiográficas sobre los “orígenes” del “método científico” continúan trasladándose hasta el siglo XV y XVI, haciendo caso omiso de la investigación jurídica.¹³ Éste es, justamente, el tema clave que aquí se explora. Para ello me valdré de las siguientes puntualizaciones:

a) Empecemos por recordar un poco la forma en que se determinaba la “verdad” en el mundo jurídico durante la antigüedad y que, también, tendría aplicación en gran parte de la Edad Media. Para tales efectos quisiera valerme de la narración que, al efecto, hace Foucault en la obra ya citada.¹⁴ Se trata de un pasaje de *La Iliada* de Homero:

Como consecuencia de una competencia de carros tirados por caballos, surge una disputa entre Antíloco y Menelao, pues el segundo le incrimina al primero haber cometido una irregularidad. Surge, entonces, un conflicto entre sujetos que debe ser resuelto. Menelao plantea una queja ante el jurado, la cual, curiosamente, no se resuelve mediante una reactualización de los hechos, a pesar de la existencia de un testigo encargado de vigilar el desarrollo de la carrera. La disputa, por el contrario, es resuelta mediante el juego de la prueba como mecanismo para la construcción de la verdad jurídica o del otorgamiento de la razón a una de las partes en conflicto. Ante la acusación de Menelao sobre la irregularidad, y dada la respuesta de Antíloco negándola, aquél lanza un reto: *Pon tu mano derecha sobre la cabeza de tu caballo; sujeta con la mano izquierda tu fusta y jura ante Zeus que no cometiste irregularidad alguna*. Como respuesta al desafío o prueba, Antíloco calla y no jura, reconociendo que cometió la irregularidad acusada. Pero en caso de que Antíloco hubiese aceptado el reto, jurando, la revelación de la verdad hubiera quedado en manos de la divinidad, de Zeus, quien castigaría la falsedad del juramento.

De esta leyenda, algunos autores, entre ellos Foucault, ha concluido que la determinación de la *verdad* (independientemente de su significado) durante ese periodo se generaba mediante la figura lógico-argu-

¹³ Al respecto, Kearney, H., *op. cit.*

¹⁴ Foucault, M., *op. cit.*, p. 40. Me valgo aquí de la reconstrucción (muy clara y concreta) que hace Gustavo Chan en un trabajo inédito titulado: “El imputado en el proceso penal: ¿sujeto comunicante u objeto de la comunicación de otros? (Apuntes sobre el uso del lenguaje oral como instrumento de poder)”. Allí se realiza una *presentación sintética* de algunas ideas que aquí se exponen y que me ha sido de mucha utilidad.

mentativa de la *disputatio*; es decir, mediante la disputa o lucha como una *estructura argumentativa* básica de la teoría del conocimiento. Muchas veces, esta lucha operaba en el plano *físico*, en cuyo caso había una contienda o un duelo real entre las partes y, en otras ocasiones, se daba en un nivel puramente *simbólico*, como sucede en el caso que hemos transcrito. Así, por ejemplo, durante gran parte de la Edad Media, en los Juicios de Dios u Ordalías (término que proviene del germano antiguo *Or dael* = sentencia) no existía, necesariamente, un adversario, sino que éste podía ser (y era por lo general) la fuerza misma de la naturaleza. El acusado debía luchar contra fuerzas adversas cuyo resultado final anunciaba la decisión divina.

El ejemplo paradigmático de este tipo de procedimiento de disputa lo ofrece la llamada “prueba del agua” (*judicium acuaticum*). El acusado era conducido a la iglesia, en la cual debía ingresar de rodillas y repetir una serie de fórmulas sacramentales con las que solicitaba el auxilio divino. Luego, se celebraba una misa, después de la cual el sacerdote pronunciaba la fórmula de rigor: *este cuerpo y la sangre de nuestro señor están, el día de hoy, sometidas a la prueba divina*. Acto seguido se acudía al lugar específico donde la prueba tendría lugar, llevando una cruz y el *Evangelio* consigo. Se pronunciaba una oración y se bendecía el agua, la cual, generalmente, se encontraba en su punto de ebullición (es decir, hirviendo en una caldera). El acusado era obligado a besar la cruz, el *Evangelio* y, posteriormente, a introducir una o ambas manos en el agua hirviendo. Si la persona resultaba ileso de la prueba, entonces demostraba su inocencia, si no, era culpable y se le aplicaba la pena respectiva que, por lo general, era la muerte o la amputación de los miembros.¹⁵

¹⁵ Una descripción detallada de estos procedimientos se ofrece en los llamados *Manuales de Inquisidores*. Los dos manuales de este tipo más famosos —que hemos conservado hasta nuestros días— son el de Bernard Gui (1260-1331) y el de Nicolau Eymeric (1356); ambos adoptados, posteriormente, por la Iglesia católica como textos procedimentales. Del primero he tenido a la vista la edición alemana: *Das Buch der Inquisition. Das Originalhandbuch des Inquisitors Bernard Gui*, introducción de Petra Seifert, traducido del latín por Manfred Pawlik, Pattloch, Augsburg, 1999; del segundo se consultó la versión española: Eymeric, N., *Manual de Inquisidores*, Santa Fe de Bogotá, Planeta, 1999.

Pruebas de esta naturaleza son relativamente frecuentes durante todo el primer milenio de nuestra era. Existió, en ese entonces, todo un *catálogo* de pruebas que se empleaban para que el acusado pudiera “demostrar” su inocencia. Dentro de éstas tenemos: la *prueba del agua fría* (se sumergía en el agua a una persona con una roca atada al cuello), la *iudicium ignis* (prueba de fuego, en la cual se obligaba a la persona a caminar sobre carbones ardientes), la *iudicium crusis* (prueba de la cruz, en la que la persona era obligada a asumir la forma de una cruz sin moverse durante horas), la *offa judicialis* (prueba del bocado, la cual consistía en introducir al acusado un enorme trozo de queso o pan duro en la boca para que este lo tragara sin masticar), entre otras muchas.

Lo esencial en este tipo de ensayos es que la *verdad empírica*, es decir, la adecuación ontológica entre los hechos y la acusación (tal y como se postula en la tradición aristotélica) es absolutamente irrelevante. No se trata aquí de establecer criterios de verificación de los eventos acaecidos, sino de entablar, en el plano propiamente *simbólico*, una lucha contra la naturaleza, en la cual sólo se saldrá bien librado si se cuenta con el auxilio de Dios. En este punto la verdad equivalía a la fuerza y la razón era concedida a quien se impusiera en la contienda o el juego de la prueba. El proceso judicial no era otra cosa que la *ritualización* de la lucha entre los contendientes.¹⁶ Por lo tanto, es posible hablar, en este contexto, de una verdad de tipo trascendente o teológica en lugar de una verdad factual o empírica.

Es necesario subrayar que el paradigma epistemológico de la lucha (*disputatio*) imperó (como un criterio meta-cognitivo para establecer la verdad) por varias centurias. Se trató, en definitiva, de una práctica social y jurídica que se trasladó, paulatinamente, a todos los restantes campos del saber humano. Durante todo este tiempo, la relevancia de los raseros empíricos de constatación de la realidad resultaron absorbidos por criterios propios de la racionalidad teológico-simbólica. La verdad se imponía desde arriba, es decir, era trascendente al mundo de lo fenoménico. No era una verdad ontológica (del ser), sino axiológica (del valor). De allí que una investigación de los hechos, una re-actua-

¹⁶ Véase Chan, Gustavo, *op. cit.*, *in toto*.

lización del pasado mediante la investigación, no resultaba significativa ni para la satisfacción psicológica de la comunidad ni para la fundamentación científica del castigo impuesto.

Quizás el ejemplo más representativo en la historia de las ideas de esta estructura de la verdad (por disputa) se encuentra en la *filosofía escolástica*. Allí operaban, sin duda alguna, parámetros de racionalidad puramente conceptuales. Lo que se buscaba no era la verificación fáctica de lo argumentando, sino su coherencia interna con los argumentos o premisas, *a priori*, aceptadas por las partes. Desde el punto de vista de la *genealogía* de las estructuras argumentativas y de las estructuras lógicas del pensamiento, lo interesante no está en saber cómo se llevaba a cabo la disputa escolástica, sino más bien en saber *por qué* y *cómo* surgió esa forma particular de argumentación. La tesis que aquí se defiende es la de una estrecha relación entre las prácticas jurídicas del castigo, por un lado, y el nacimiento de esas estructuras de pensamiento, por el otro. Es decir, que existe una relación entre la “forma de vida” (*Wittgenstein*) propiciada por el poder punitivo del Derecho penal y la “forma de vida” de los modelos litigiosos implícitos en la filosofía escolástica.

b) Sin embargo, la *disputatio* —como método de conocimiento— va a ser progresivamente suplantada por otro tipo de epistemología: la *epistemología inquisitorial*. Es difícil determinar a ciencia cierta cuáles son los factores histórico-materiales que dan pie para que se origine este cambio en el paradigma del conocimiento, o al menos en el discurso de ese conocimiento. Lo cierto del caso es que aquí no es posible, según nuestro punto de vista, ofrecer explicaciones monocausales o simplistas, sino que debe tomarse en cuenta la articulación de una gigantesca cantidad de elementos, difícilmente aprehensibles en una idea concreta.

Esta epistemología inquisitorial, denominada por Foucault la epistemología de la *indagación*, se caracteriza, en lo fundamental, por una preocupación expresa de reconstruir lo *sucedido* en la realidad. La verdad no se determina ya mediante una contienda o lucha contra la naturaleza (real o simbólica), sino mediante la *investigación fenoménica* de

las causas subyacentes. Es decir, se da así un salto a lo ontológico o factual. En el plano jurídico, el acusado no es ya libre de demostrar, mediante las antiguas pruebas de Dios, "su" verdad, sino que esta verdad debe buscarse en otro nivel, en el nivel de lo *realmente* acaecido. Al respecto nos dice Chan, de una manera muy concreta:

Resurgió, así, una determinada manera o forma de saber: la reactualización del pasado (la indagación) como medio para la construcción de la verdad jurídica. En ese momento, se supone que se dio una ruptura radical en el esquema de la práctica jurídica: la verdad, o la posesión de la razón, ya no sería más el atributo derivado exclusivamente para quien mejor desplegara su fuerza y su poder en el "combate", sino el producto de una pretendida *reconstrucción de lo desconocido*, de lo sucedido en el pasado.¹⁷

Ahora bien, tal y como se ha insinuado arriba, la transición de una epistemología de la *disputatio* a una epistemología de la *inquisitio* pudo obedecer a muy diversos factores y se originó, fundamentalmente, alrededor del siglo XI y XII. De la mano de Eugenio Raúl Zaffaroni nos gustaría comentar, muy brevemente, algunos de esos factores que dieron sustento al nuevo modelo del saber.¹⁸

i) Entre ellos hay que ubicar, en primer lugar, la creciente *burocratización de la Iglesia católica* como un poder universal. La estructura jerárquica del cristianismo, como una práctica social absolutamente dominante en la época, daría pie también a una *estructura jerárquica del saber, pero sobre todo del poder*. La religión cristiana, como la máxima instancia de conocimiento (dogmático) de la época, sentaría las bases para una comunidad humana verticalizada y basada en la autoridad (también dogmática).

La *inquisitio* en el ámbito procesal (y como método de conocimiento) se instaló primero con la burocratización de la Iglesia, cuando ésta se jerarquizó como consecuencia de su romanización; en los siglos posteriores fue acentuando la autoridad de la burocracia respecto del resto de los creyentes, hasta culminar en un apoderamiento total del saber —y del poder— por parte de la misma, que ejercía controlando cualquier heterodoxia (herejía) mediante el Santo Oficio. De esta forma inauguró un método de conocimiento y de poder propio de una sociedad corporativa y jerarquizada que, desde entonces y hasta el presente, habrá

¹⁷ Chan, G., *op. cit.*, p. 5.

¹⁸ Zaffaroni, E. R., *et al.*, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 250.

de ser asumido por todos los que ejercen o pretenden ejercer el poder dentro de cualquier sociedad con esas características.¹⁹

ii) Conjuntamente con la burocratización de la Iglesia, es necesario resaltar un factor importante que también afectaría en gran medida las prácticas jurídico-penales de la época; nos referimos a la introducción del *proceso-penal-inquisitivo*.²⁰ El desarrollo de este tipo de indagación judicial se dio a partir del siglo XIII, y más concretamente bajo el pontificado de Inocencio III, quien lo introdujo oficialmente en la Iglesia en el año de 1215.²¹ Dos características importantes de este tipo de proceso, para los efectos aquí discutidos, son las siguientes:

- ♦ La apertura del proceso no se da por la interposición de una denuncia privada (*libellus accusationis*), sino que pendía del accionar de la propia Iglesia (y algún tiempo después del Estado moderno). De esta forma se renunció al antiguo principio, de origen romano, según el cual: *nemo iudex sine actore* (no hay juez sin actor). Se instaura así una forma de poder universal que está más allá de la fuerza y voluntad del individuo particular; es decir, el nacimiento de una autoridad centralizada (Iglesia, Estado, soberano).
- ♦ La meta principal del *processus inquisitorius* es la búsqueda de la llamada "verdad ontológica". El objetivo es la certeza epistemológica absoluta sobre lo acaecido. De esta manera se renuncia, definitivamente, a los criterios de verdad propios de la epistemología de la disputa. La verdad no depende ya, para nada, del individuo, sino que es "objetiva" y debe buscarse (*i.e.* encontrarse) a toda costa.

iii) Es con el propósito de encontrar la verdad "objetiva" (acaecida en el mundo de lo real) que el aparato jurídico, en matrimonio con el

¹⁹ Zaffaroni, E. R. *et al.*, *op. cit.*, p. 250.

²⁰ Rüping, H., *Grundriss der Strafrechtsgeschichte*, 3a. ed., C.H. Beck Verlag, Munich, 1998, p. 163 y ss.

²¹ Véase al respecto Jerouschek, G., "Die Herausbildung des peinlichen Inquisitionsprozesses im Spätmittelalter und in der frühen Neuzeit", revista *ZStW* 104 (1992), p. 334; Helbing, F., *Die Tortur. Geschichte der Folter im Kriminalverfahren aller Völker und Zeiten*, pp. 107 y ss.

poder eclesiástico, va a valerse de todos los medios disponibles a su alcance. De esta manera se justificará la tortura como un mecanismo muy "humano" para llegar a dicha verdad. Es necesario comprender aquí que, frente a las antiguas Ordalías y Juicios de Dios, la implementación de un proceso que, supuestamente, buscara la verdad real, era considerado un gran paso hacia la "humanización" de la justicia terrenal. Fue en apoyo a esta tesis que la Iglesia católica, bajo el papado de Inocencio IV, promulgó la famosa bula *Ad Extirpanda* (1252) con la cual se iniciaría la feroz aplicación de la tortura en el proceso judicial (canónico).²²

iv) Paralelo a la creación del proceso inquisitivo en material judicial y a la introducción de la tortura como mecanismos de determinación de la verdad, es necesario agregar la *inquisición* en su sentido religioso. El propósito de la *inquisitio* cristiana reposaba, finalmente, en salvaguardar el poder de la Iglesia, pero también en defender el "verdadero" cristianismo en contra del "delito hediondo" (la herejía). Es decir, que subyace aquí, nuevamente, un criterio de verdad presuntamente ontológico, fundamental para el ejercicio del poder.

Es de mucha importancia hacer notar que este cambio en los paradigmas del castigo y el respectivo incremento en la crueldad y barbarie con que se aplicaban las penas, no es del todo azaroso. Se ha dicho, y con mucha razón creemos nosotros, que la base misma de este proceso de creciente brutalidad debe buscarse en las *transformaciones económicas* que comenzaron a gestarse en la sociedad de la Alta Edad Media. Ulrich Eisenhardt, el gran historiador alemán del Derecho, nos dice al respecto:

La creciente ferocidad del Derecho penal hacia las postrimerías del siglo XI y XII podría ser una consecuencia de las nuevas relaciones económicas y del desarrollo de una economía del dinero. Resultaba necesario apaciguar una creciente ola de robos y de guerras privadas, las cuales afectaban los intereses económicos de los amos territoriales y ciudadanos.²³

²² Ver Helbing, F., *op. cit.*, pp. 107 y ss.

²³ Eisenhardt, U., *Deutsche Rechtsgeschichte*, 3ª. ed., Munich, C.H. Beck, 1999, p. 79.

v) Es en este mismo contexto económico que hay que ubicar otro fenómeno de enorme trascendencia para la posterior configuración de la sociedad europea de los siglos XV y XVI, nos referimos al apareamiento del *mercantilismo* y *colonialismo* nacientes como una forma de dominio mundial. Es indudable que estos dos aspectos, de índole macroeconómica el uno y geopolítica el otro, se conjugaron perfectamente con la epistemología inquisitorial. Un saber basado en la exactitud y en la precisión es un excelente recurso para ejercer un poder omnicompreensivo y global (saber es poder).

Es durante esta fase de expansión del poder económico y del surgimiento de los Estados modernos (con las doctrinas de Machiavello, Bodin, Hobbes), que el poder punitivo se concentra en manos del Estado. El delito no atenta ya, como sucedía en el anterior modelo de la lucha, contra una víctima particular, sino contra el soberano.

La nueva tecnología de la producción y la guerra requería equipos especialización y disciplina. El saber empírico se fundaba en pruebas, su esencia pasaba de la lucha a la prueba (verificación). El modelo de solución de conflictos fue reemplazado por el de decisión, que se resolvía por la *inquisitio*, conforme a la mutación del paradigma general del saber. La disciplina debía establecerse por actos de poder verticalizantes: los conflictos no afectaban a la víctima sino al soberano.

Tenemos, en resumen, que el discurso de la epistemología inquisitiva encontró un terreno fértil para su expansión y dominio general. Este terreno está dado, en gran parte, por la coyuntura histórica, en la cual se conjugaron varios aspectos de carácter social, político y económico: la expansión global de la Iglesia católica, la introducción de la inquisición religiosa y jurídica (*processus inquisitorius*), la aplicación de la tortura como mecanismo de búsqueda de la verdad real, el naciente mercantilismo y colonialismo, que requerían una protección constante de las fuentes de dinero. Todo ello necesitaba una forma de conocimiento que fuera exacta, predecible y calculable. Nacieron, así, unos cánones de investigación metodológica dominados por la idea de constatación y de experimentación, es decir, de estudio de los datos empíricos. La realidad dejó de ser así un "misterio" del cual se aprendía, para convertirse en algo que tenía que ser doblegado, sometido, manipulado. ¡Nació así la mentalidad científico-tecnológica moderna!

A partir de la premisa baconiana del conocimiento como poder, y específicamente como poder sobre el medio físico y sobre las demás personas, se desarrolló una lógica que Zaffaroni denomina de "poder planetario". Al respecto nos dice:

Las revoluciones que proyectaron este saber inquisitorial y la civilización que generó partieron de Europa y se extendieron en forma de poder planetario, válido de un saber en el cual el valor de verdad tendió a ser instrumental (lo útil es lo verdadero). Se confundió e identificó progresivamente lo empírico con lo pragmático, dando lugar a una superposición entre ciencia y técnica, toda vez que se trata de un saber que pretende conocer para poder: el conocimiento interesa sólo en la medida en que es inmediatamente aplicable. La aceleración de esta tendencia hace que hoy sea muy problemática y siempre cuestionable la distinción entre ciencia y técnica, entre verdad y poder.²⁴

Con el conocimiento empírico —que alcanzaría su máxima expresión filosófica en el empirismo inglés y en el pragmatismo americano— las bases epistemológicas para la construcción de una cultura tecno-científica estaban ya dadas. Sólo restaba unirle a esa tendencia la necesidad de producción en masa de bienes y servicios y el ansia de dinero para que se generara así la revolución industrial del siglo XIX y, décadas más tarde, la revolución tecno-científica del siglo XX.

III. EL *CORPUS IURIS* Y LA CIENCIA MODERNA

Junto a este proceso de "empirización" de las estructuras cognitivas del aparato científico, es necesario agregar el altísimo desarrollo alcanzado por los métodos jurídicos durante los siglos XI y XII. Con el redescubrimiento del *Corpus Iuris Civilis* se inicia, en la Europa medieval, un gigantesco movimiento de revisión de las fuentes jurídicas y de elaboración sistemática de las mismas. El objetivo a alcanzar no era nada pequeño: la unificación del Derecho bajo un mismo sistema *categorial* que permitiera, a su vez, la unificación de Europa.²⁵ Éste fue, finalmen-

²⁴ Zaffaroni, *op. cit.*, p. 250.

²⁵ A este respecto, consultar los trabajos clásicos de Koschaker, P., *Europa und das römische Recht*, Biederstein Verlag, Munich, Berlin, 1947 (de este libro hay traducción al español de José Santa Cruz Teijeiro, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1955) y también Wieacker, F. *Historia del Derecho Privado de la Edad Moderna*, trad. de Francisco Fernández Jardón, Madrid, Aguilar, 1957.

te, el sueño de un *Ius Commune*, que no se realizaría sino hasta el siglo XX bajo la consigna de la "Comunidad Europea".

Es con la doctrina de los glosadores, de los postglosadores y de los comentadores (cuya producción académica es, quizás, una de las más sorprendentes), en su intento de arribar a una cabal comprensión del *Corpus Iuris*, que se desarrolló un enorme arsenal de métodos de investigación; dentro de los cuales cabe destacar, de la mano de Harold Berman, los métodos hermenéuticos de interpretación, los métodos probabilísticos y de pronóstico de hipótesis. Sobre esta base es que el profesor de Harvard llega a postular la tesis de que la Jurisprudencia medieval constituye, en realidad, un verdadero *prototipo de la ciencia occidental*.

La comparación entre el pensamiento jurídico y el pensamiento de las ciencias naturales, así como la afirmación de que el primero constituye un prototipo del pensamiento de las ciencias naturales occidentales, parte de un enfoque de la ciencia que no es aceptado por la mayoría. Usualmente, se ubica el surgimiento de la ciencia moderna alrededor de Galileo, es decir, cinco siglos después... Sin embargo, sin los métodos científicos desarrollados, primeramente, por los juristas en el siglo XII no sería posible ni la ciencia natural del siglo XVII ni la del siglo XIX.²⁶

Paralelo a la implementación de estas estructuras de trabajo surge, también, en el siglo XII, el desarrollo de la *teoría de la prueba* en materia procesal-penal. No basta con afirmar la existencia de un hecho. ¡*Es necesario probarlo!* Pero este requerimiento no surge de la nada y tampoco es inocente. Si se presta suficiente atención, se comprobará que la obligación de "probar" una determinada hipótesis (por ejemplo, la comisión de un homicidio) es el resultado de un tipo muy particular de "racionalidad", el cual ve relaciones de causalidad entre el hecho acontecido y la prueba. Una observación puramente empírica de los fenómenos sería incapaz de establecer un nexo significativo entre la afirmación de una circunstancia (por ejemplo: X cometió un homicidio) y el ofrecimiento de una prueba (se encontraron restos de la ropa de X en el lugar de los hechos). El proceso psicológico que se requie-

²⁶ Berman, H., *op. cit.*, en especial el capítulo: "La ciencia jurídica como un prototipo de la ciencia occidental", pp. 247 y ss., en especial pp. 253-254.

re para ver esta conexión entre un hecho y su prueba fue uno de los logros de la doctrina jurídica de los siglos XI y XII.

IV. ALGUNAS PUNTUALIZACIONES (AUTO)CRÍTICAS RESPECTO DE LA HIPÓTESIS DEFENDIDA

Tal y como indiqué al inicio de este trabajo, la hipótesis que hemos expuesto sobre el origen jurídico de la mentalidad tecno-científica, tiene un carácter teorético-especulativo. Hay en ella varias lagunas argumentativas, de las cuales yo mismo me percaté, y que deben ser puestas sobre el tapete. Paso a comentar, brevemente, algunas deficiencias de dicha hipótesis:

- a) En primer lugar, cualquier institución social (sea la ciencia, la Iglesia, la familia, el Estado, etcétera.) no posee, en estricto sentido, un origen determinado exactamente en el tiempo y en el espacio. De allí que hablar del "origen" (o del "nacimiento", del "principio") de la de la ciencia moderna en el siglo XII (como se ha hecho en este ensayo) o en el siglo XVI (como se hace en las historias tradicionales de la ciencia) no sea más que una aproximación muy vaga e imprecisa. Es evidente que los fenómenos, máxime los sociales, no nacen *ex nihilo* y de un momento a otro, sino que se van *gestando* (*Werden*) paulatinamente en el tiempo hasta llegar a convertirse en lo que son. No existe, pues, un "origen", entendido éste como un "punto cero", ubicado en el pasado remoto. Tal y como diría poéticamente Thomas Mann: *Muy profunda es la fosa del pasado* o como establecía Dilthey: *Todo origen es arbitrario*.²⁷
- b) El "nacimiento" de las instituciones sociales, si es que se puede hablar así, no obedece siempre a procesos *racionales* de planificación ni tampoco se ajusta estrictamente a modelos lógicos de conocimiento. Hablar de que las ciencias modernas parten de un

²⁷ Ambas frases son citadas por Bollnow, O.F., *Philosophie der Erkenntnis*, Verlag W. Kohlhammer, Stuttgart *et al.*, 1970, pp. 22-23.

"modelo inquisitivo" del saber es, visto bien, una sobre-simplificación de la realidad. El desarrollo de cualquier disciplina obedece, por lo general, a una gigantesca cantidad de variables (económicas, políticas, sociales, personales, racionales e irracionales, voluntarias e involuntarias, planificadas y azarosas). No hay "modelo" del mundo que puede orientar, de una manera exacta y previsible, la acción humana. Ello también es válido para la ciencia en general.

- c) Es probable que la preocupación por la "verdad", en el sentido *empírico* que enfatizó el "modelo inquisitivo" del conocimiento, también haya existido desde tiempos inmemoriales. De hecho, muchas de las investigaciones de los primeros científicos griegos (Ptolomeo, Euclides, Arquímedes, Demócrito, Aristóteles, entre otros) tenían en cuenta argumentos y evidencias ("pruebas") empíricas para respaldar sus tesis científicas.²⁸ Por ello, la ubicación de la mentalidad-científico-empírica en cualquier momento del tiempo es algo que debe tomarse *cum grano salis* y sólo como una aproximación muy vaga.

En todo caso, lo importante para nosotros ha sido rescatar (o enfatizar, si se quiere) algunos elementos que no suelen ser tomados en cuenta por parte de la filosofía de la ciencia. Ello no excluye que haya otros factores y elementos (además de los indicados en este trabajo) que también ofrezcan perspectivas interesantes y explicaciones plausibles. Dicho esto, podemos extraer algunas conclusiones finales.

V. CONCLUSIONES GENERALES

1. Durante centurias el Derecho ha sido uno de los principales instrumentos formales para organizar nuestra vida material y espiritual. De allí que es de suponer que éste ha incidido en la manera en que visualizamos el mundo. Las estructuras de pensamiento están asociadas a las estructuras *cotidianas* de nuestra relación con el entorno. Son, por

²⁸ Véase Losee, J., *op. cit.*

lo general, las prácticas sociales reales las que condicionan (aunque no determinen del todo) nuestros hábitos mentales.

2. Las prácticas sociales implementadas por el Derecho son, por lo general, ignoradas en la historiografía tradicional de la ciencia. No obstante, es posible sostener que estas prácticas dan pie a formas de organización específicas de la ciencia. Un ejemplo de lo anterior nos lo ofrecen los dos modelos de búsqueda de la verdad que dominaron durante siglos en el ámbito jurídico. Nos referimos al *modelo de la disputatio* y al modelo de la *inquisitio* que he explorado en este trabajo.

3. Es a partir de estos dos modelos que se desarrollaron determinadas disposiciones de pensamiento (o formas de conocer la realidad), que van a ser adoptadas, posteriormente, por las ciencias naturales y sociales en general. De allí que las "formas jurídicas" son, al decir de Foucault, verdaderas *matrices* de las cuales nacerá la epistemología contemporánea y los criterios de "verdad" que allí se manejan.

4) El modelo de conocimiento que, nacido de una matriz jurídica, se extendió posteriormente a todas las demás ramas del saber humano es el "modelo inquisitorial". Este modelo se basa sobre una lógica de tipo "señorial" (Zaffaroni) en la cual lo importante es el dominio de las fuerzas físicas y sociales, independientemente de sus consecuencias. Aquí lo práctico se identifica con lo verdadero. Lo real con lo racional. Es así como se desarrolló una afiliación estrecha entre dos formas discursivas: el poder y el saber. Esta afiliación, propia de la llamada tradición baconiana, dará pie a uno de los movimientos culturales más portentosos de la historia humana, nos referimos al surgimiento de la revolución tecno-científica del siglo XX.