

# EN EL PRINCIPIO ERA FORTESCUE: ACERCA DE LOS ORÍGENES INTELLECTUALES DE LOS SISTEMAS ACUSATORIO E INQUISITIVO, Y DE LA CONTRAPOSICIÓN ENTRE DERECHO ANGLOSAJÓN Y DERECHO CONTINENTAL-EUROPEO EN EL PROCESO PENAL COMPARADO

Prof. Dr. Máximo LANGER\*

---

Fecha de recepción: 18 de abril de 2017

Fecha de aprobación: 23 de mayo de 2017

## I. Introducción: La necesidad de una historia intelectual del derecho procesal penal comparado

La distinción entre los sistemas acusatorio e inquisitivo y la contraposición entre derecho anglosajón y derecho continental-europeo han sido centrales en los análisis comparados del proceso penal.<sup>1</sup> En los Estados Unidos, la Corte Suprema invoca el carácter adversarial del proceso penal estadounidense para adoptar decisiones en casos concretos y para distinguirlo del

---

\* Profesor de Derecho (UCLA). Doctor en Derecho (Harvard). Abogado (UBA). Deseo agradecer a Stuart Banner, Samuel Bray, Beth Colgan, Mirjan Damaška, Sharon Dolovich, Ingrid Eagly, Henry Ansgar Kelly, Richard Re, Richard J. Ross, Debora Shuger, David Sklansky, Sebastian Sobocki, y a quienes participaron de la conferencia “The Administration of Justice – Past Experiences and Challenges for the Future” (Cavtat, Croacia, 28 y 29 de mayo de 2015), realizada en honor de Mirjan Damaška, y al Criminal Justice Faculty Workshop de la UCLA, por sus comentarios a versiones anteriores de este trabajo. Deseo también dar las gracias a la Hugh and Hazel Darling Law Library de la Facultad de Derecho de la UCLA, especialmente a Gabriel Juárez, Nory Loeung, John Wilson, por su apoyo en la investigación, y a Elyse Meyers, por haber editado la obra en inglés. Este trabajo fue originalmente publicado en inglés como *In the Beginning Was Fortescue: On the Intellectual Origins of the Adversarial and Inquisitorial Systems and Common and Civil Law in Comparative Criminal Procedure*, en “Visions of Justice. Liber Amicorum Mirjan Damaška”, p. 273-299, Duncker & Humbolt, Berlín, 2016. Agradezco a Agustina Sienna Martínez por su traducción al español. Dedico este artículo a mi maestro Mirjan Damaška, con profunda admiración, afecto y gratitud. Se ha mantenido, en la medida de lo posible, el estilo de citas de la publicación original.

<sup>1</sup> Ver LANGER, Máximo, *The Long Shadow of the Adversarial and Inquisitorial Categories*, en “The Oxford Handbook of Criminal Law”, 887, Markus D. Dubber & Tatjana Hörnle eds., Oxford University Press, 2014 (en adelante, *The Long Shadow*); LANGER, Máximo, *Strength, Weakness or Both? On the Endurance of the Adversarial-Inquisitorial Systems in Comparative Criminal Procedure*, en “Research Handbook on Comparative Criminal Procedure”, 519 (Jacqueline Ross & Stephen Thaman eds., Edward Elgar Publishing, 2016) (en adelante, *Strength, Weakness or Both*).

proceso penal propio de los sistemas continentales.<sup>2</sup> En Francia, los autores caracterizan al proceso penal continental-europeo como una combinación entre los modelos acusatorio e inquisitivo, por contraste con el proceso penal anglosajón, que sería predominantemente acusatorio.<sup>3</sup> En las últimas décadas, Italia y casi todos los países latinoamericanos han producido reformas procesales penales sustanciales, que han sido presentadas por los reformadores como un avance desde modelos inquisitivos o mixtos hacia procesos penales de tipo acusatorio.<sup>4</sup> En el ámbito de los tribunales penales internacionales y de la Corte Penal Internacional, los juristas, jueces y responsables de las políticas públicas han utilizado las categorías acusatorio e inquisitivo para justificar la adopción de normas procesales, tomar decisiones en casos concretos y explicar qué tipos de procesos penales rigen en estas jurisdicciones.<sup>5</sup>

Los comparatistas e historiadores han escrito sobre la historia de estos sistemas. La explicación predominante consiste en que el sistema inquisitivo se originó en Europa continental alrededor de los siglos XII y XIII, cuando la Iglesia Católica y las diversas jurisdicciones seculares establecieron burocracias profesionales para perseguir y juzgar los delitos, autorizaron el inicio del proceso por iniciativa de funcionarios públicos y adoptaron el sistema de pruebas legales y la tortura legal.<sup>6</sup> En cuanto al sistema acusatorio, la tesis mayoritaria señala que éste se originó en el siglo XVIII, cuando la ley y los jueces ingleses gradualmente autorizaron la participación de defensores profesionales en juicios por delitos graves (*felonies*), lo que gradualmente condujo a la

---

<sup>2</sup> Ver, en general, SKLANSKY, David A., *Anti-Inquisitorialism*, “Harvard Law Review”, 122, 2009, p. 1634 (en adelante, *Anti-Inquisitorialism*).

<sup>3</sup> Ver, por ej., RASSAT, Michèle-Laure, *Procédure pénale*, § 21, 2010.

<sup>4</sup> Ver, por ej., GRANDE, Elisabetta, *Italian Criminal Justice: Borrowing and Resistance*, “American Journal of Comparative Law”, 48, 2000, p. 227; LANGER, Máximo, *Revolution in Latin American Criminal Procedure: Diffusion of Legal Ideas from the Periphery*, “American Journal of Comparative Law”, 55, 2007, p. 617 (en adelante, *Revolution in Latin American Criminal Procedure*).

<sup>5</sup> Ver, por ej., AMBOS, Kai, *International Criminal Procedure: ‘Adversarial’, ‘Inquisitorial’ or Mixed?*, “International Criminal Law Review”, 3, 1, 2003; Cassese’s *International Criminal Law*, p. 329-346 (revisado por Antonio Cassese y otros, Oxford University Press, 2013); LANGER, Máximo, *The Rise of Managerial Judging in International Criminal Law*, “American Journal of Comparative Law”, 53, 2005, p. 835; *International Criminal Procedure. Rules and Principles* (Göran Sluiter y otros, Oxford University Press, 2013).

<sup>6</sup> Una clásica referencia en ese sentido es ESMEIN, Adhémar, *Histoire de la Procédure Criminelle en France*, 1882. Para historiografía reciente vinculada con este tema, ver, por ej. CHIFFOLEAU, Jacques, *Avouer l’inavouable: l’aveu et la procédure inquisitoire à la fin du Moyen Âge*, en “L’aveu”, Renaud Dulong, 2001, p. 57; LANGBEIN, John H., *Torture and the Law of Proof: Europe and England in the Ancien Regime* (con un nuevo prefacio, University of Chicago Press, 2006 (en adelante, *Torture and the Law of Proof*); KÉRY, Lotte, *Inquisitio - denunciatio - exceptio: Möglichkeiten der Verfahrenseinleitung im Dekretalenrecht*, 87, ZRG, 2001, p. 226; WHITMAN, James Q., *The Origins of Reasonable Doubt. Theological Roots of the Criminal Trial*, Yale University Press, 2008, pp. 98 ss.

adopción de las reglas de prueba características del derecho anglosajón y a la redefinición del rol de los jueces como árbitros pasivos, entre otras modificaciones.<sup>7</sup>

Quiero escribir una historia diferente sobre estas categorías: una historia intelectual o genealogía acerca de cómo los sistemas acusatorio e inquisitivo, y la contraposición entre el derecho anglosajón y el derecho continental-europeo, se convirtieron en categorías centrales para el derecho procesal penal comparado. En lugar de preguntar cuándo se originaron las reglas y los rasgos institucionales que hoy asociamos con los sistemas acusatorio e inquisitivo, estoy interesado en un diferente conjunto de interrogantes, tales como: (1) cuándo, cómo y por qué los jueces, los abogados y otros operadores jurídicos, los responsables de diseñar las políticas públicas y los doctrinarios alrededor del mundo comenzaron a considerar que el contraste entre las tradiciones anglosajona y continental-europea era central para el análisis comparado de los procesos penales; (2) cuándo, cómo y por qué los jueces, los abogados y otros operadores jurídicos, los responsables de diseñar las políticas públicas y los doctrinarios comenzaron a considerar que las diferencias legales e institucionales entre los procesos penales de raíz anglosajona y continental-europea se fundaban en paradigmas epistemológicos distintos acerca de cómo el proceso penal llega o debería llegar a sentencias verdaderas; (3) cuándo, cómo y por qué los jueces, los abogados y otros operadores jurídicos, los responsables de diseñar las políticas públicas y los doctrinarios comenzaron a considerar que estas diferencias legales e institucionales podrían ser explicadas a través de o estaban asociadas con las diferencias existentes entre las sociedades anglosajona y continental-europea y sus respectivos valores culturales y con distintas concepciones acerca del Estado; y (4) cuándo, cómo y por qué los jueces, los abogados y otros operadores jurídicos, los responsables de diseñar las políticas públicas y los doctrinarios comenzaron a utilizar las categorías acusatorio e inquisitivo como herramientas para reflejar las diferencias entre las tradiciones anglosajona y continental-europea en materia de procedimiento penal.

En el presente trabajo, me propongo comenzar a escribir esta genealogía o historia intelectual, analizando el libro *De Laudibus Legum Angliae (En Alabanza de las Leyes de Inglaterra)* [en adelante, *De Laudibus*], de Sir John Fortescue. Los historiadores del derecho, los constitucionalistas y los teóricos políticos han abordado a Fortescue como figura jurídica y política y lo han

---

<sup>7</sup> Ver, por ej., BEATTIE, J.M., *Scales of Justice: Defense Counsel and the English Criminal Trial in the Eighteenth and Nineteenth Centuries*, "Law and History Review", 9, 1991, p. 221; LANDSMAN, Stephen, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, "Cornell Law Review", 75, 1990, p. 497; LANGBEIN, John H., *The Origins of Adversary Criminal Trial*, 2003 (en adelante, *Origins*).

considerado un importante teórico político de la Inglaterra del siglo XV.<sup>8</sup> Sin embargo, los estudios y estudiosos del procesal penal comparado no han prestado atención a Fortescue como uno de los fundadores intelectuales de este campo.<sup>9</sup> A lo sumo, ha sido citado como fuente de información sobre el proceso penal inglés del siglo XV o se ha tenido en cuenta su posición acerca de determinadas cuestiones concretas.<sup>10</sup> Pero los estudiosos y los responsables de las políticas

<sup>8</sup> Ver, por ej., BAKER, J.H., *An Introduction to English Legal History*, 4ª ed., 2007 (en adelante, *English Legal History*), p. 166: "Fue el entrenamiento profesional del poder judicial, y la noción de democracia constitucional tal como fue descrita por Fortescue en el siglo quince, lo que transformó la lealtad personal debida al rey por los jueces en una forma más objetiva de lealtad, hacia una monarquía despersonalizada y hacia el derecho común del rey"; CROMARTIE, Alan, *The Constitutionalist Revolution. An Essay on the History of England*, Cambridge University Press, 2006, pp. 1450-1642; HOLDSWORTH, W. S., *A History of English Law*, II, 3ª ed. corregida, Methuen & co. Ltd., 1923, pp. 566-571, (en adelante, *History of English Law*, II), especialmente, p. 569: "(Fortescue) comparte con Bentham la fama de haber sido a la vez un jurista y un filósofo político práctico. Ambos divisaron claramente algunos de los males de su tiempo. Ambos propusieron soluciones que fueron exitosamente adoptadas en épocas posteriores..."; GALLIGAN, D.J./PALMER, C., *Patterns of Constitutional Thought from Fortescue to Bentham*, en "Constitutions and the Classics", D.J. Galligan ed., Oxford University Press, 2014, p. 1; KELLEY, M.R.L.L., *Sir John Fortescue and the Political Dominion: The People, the Common Weal, and the King*, en "Constitutions and the Classics", D. J. Galligan ed., Oxford University Press, 2014, p. 51; LOCKWOOD, Shelley, *Introduction to Sir John Fortescue's On the Laws and Governance of England*, "Cambridge Texts in the History of Political Thought", Thought, 1997 (en adelante, *Introduction*), xv: "Sin dudas, Sir John Fortescue fue el mayor teórico político inglés del siglo quince"; SOBECKI, Sebastian, *Unwritten Verities. The Making of England's Vernacular Legal Culture, 1463-1549*, 2015, p. 100, quien sostiene que Fortescue ofreció "una primera teoría política del derecho común inglés, que dejó establecida su firme posición conciliatoria hacia la monarquía y el estado" (en adelante, SOBECKI, *Unwritten Verities*); STUBBS, William, *The Constitutional History of England*, III, 2ª ed., Oxford at Clarendon Press, 1878, pp. 240-246; ULLMAN, Walter, *Law and Politics in the Middle Ages*, Cornell University Press, Ithaca, 1975, pp. 284-285. Otros autores han negado el valor de Fortescue como teórico político. Ver, por ej., POCOCK, J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, 1975, p. 9 (donde se describe a Fortescue como "un jurista inglés y un amateur de la filosofía, que nos ayuda a comprender las ideas propias de una era presentándolas en forma algo tosca").

<sup>9</sup> Dentro del círculo de autores dedicados al derecho comparado, Harold Berman ha analizado brevemente el trabajo de Fortescue, aunque no en referencia al proceso penal o legal. En respuesta a autores como Thomas Stubbs, Henry Adams, Quentin Skinner y R.C. van Caenegem, y desde una posición contraria a ellos, Berman ha afirmado que, si bien elogiaba las leyes de Inglaterra, Fortescue no consideraba que aquéllas "fueran esencialmente diferentes, en su naturaleza, en sus fuentes y en sus propósitos fundamentales, del derecho consuetudinario de otros países, excepto por su antigüedad". En respaldo de esta tesis, Berman ha expresado que "El principal trabajo de Fortescue en materia de filosofía del derecho versó estrictamente en la escuela del derecho natural representada por Tomás de Aquino". Ver BERMAN, Harold J., *Law and Revolution. The Impact of the Protestant Reformation on the Western Legal Tradition*, II, 2003, pp. 231-232.

<sup>10</sup> Ver, por ej., DAMAŠKA, Mirjan, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986, pp. 39-40, quien destaca que, en el siglo XV, Fortescue todavía celebraba el jurado angevino, compuesto por jurados que se informaban por sí mismos (en adelante, *Faces of Justice*); LANGBEIN, *Origins*, p. 262 (quien incluye a Fortescue en la lista de autores ingleses que defendieron el principio de inocencia); p. 340 (donde menciona a Fortescue entre el conjunto de autores ingleses que exaltaron la superioridad del proceso inglés que no usaba la tortura); LANGBEIN, John H. y otros, *History of the Common Law*, 2009, pp. 155-156 (donde se cita a Fortescue para exponer acerca del título de *serjeant-at-law*); p. 173 (donde se lo cita para describir las características de la formación jurídica en Inglaterra); p. 240 (donde se cita un texto que se basa en las afirmaciones de Fortescue acerca del hecho de que los jurados se informaban por sí mismos); pp. 244-245 (donde se cita la exposición que Fortescue ofrece con relación a los juicios por jurados en casos civiles); p. 697

públicas no han considerado a Fortescue como uno de los originadores del modo en que entendemos contemporáneamente el proceso penal.

Entiendo que Fortescue efectuó al menos cinco contribuciones cruciales al procesal penal comparado, que sobreviven hasta el día de hoy. En primer lugar, fue uno de los primeros en concentrarse en el análisis de las diferencias entre el proceso penal de raíz continental-europea (civil law) y el proceso penal regulado por el derecho común inglés (common law) y en ofrecer una conceptualización específica para captar estas diferencias.<sup>11</sup> Su trabajo impactó en los análisis teóricos subsiguientes y en la posterior labor de los responsables de diseñar las políticas públicas, pero devino obsoleto cuando las modificaciones experimentadas por los procesos penales de las tradiciones continental-europea y anglosajona hicieron que la conceptualización elaborada por él perdiera su valor heurístico. Sin embargo, aún persisten tanto la centralidad de la distinción entre derecho continental-europeo y derecho anglosajón como herramienta para analizar el proceso penal, como la idea según la cual necesitamos utilizar categorías para captar las diferencias existentes entre esas tradiciones.

En segundo término, Fortescue utilizó la distinción entre derecho continental-europeo y derecho común inglés en sentidos tanto descriptivo como normativo y postuló la superioridad del proceso inglés. El uso normativo de la contraposición entre derecho continental-europeo y derecho anglosajón sobrevive hoy en un importante grupo de estudios de derecho procesal penal comparado contemporáneos y en proyectos de reformas judiciales y legales alrededor del mundo.

Además, Fortescue argumentó que el proceso penal de Inglaterra era superior al proceso penal de tradición continental-europea porque era mejor para determinar la verdad de lo ocurrido. Esta perspectiva epistemológica también ha perdurado hasta nuestros días en los estudios de derecho procesal penal comparado. No obstante, demostraré que Fortescue creía en la superior capacidad del proceso penal inglés para alcanzar conclusiones verdaderas por razones un tanto diversas de aquéllas que son típicamente expuestas en los análisis actuales de derecho procesal penal comparado.

---

(donde se incluye a Fortescue en la lista de autores ingleses que defendieron el principio de inocencia) (en adelante, *Common Law*).

<sup>11</sup> De hecho, S.B. Chrimes, *Notes*, en "Sir John Fortescue, De Laudibus Legal Angliae" (S.B. Chrimes ed. y trad., Cambridge at the University Press, 1949) (en adelante, *Notes*), p. 162, consideró que el trabajo de Fortescue representó "... la más temprana... comparación entre el derecho inglés y el derecho romano...".

En cuarto lugar, Fortescue entendía que existe un vínculo entre los sistemas procesales penales anglosajón y continental-europeo y las sociedades en las que aquéllos operan. Sostenía, en consecuencia, que el proceso penal inglés no podía ser trasplantado a otras jurisdicciones. También estas ideas han tenido una fuerte presencia en los estudios sobre el proceso penal y en las reformas judiciales y legales contemporáneas.

Finalmente, al igual que un importante número de responsables de políticas públicas y estudiosos del proceso penal comparado actuales, Fortescue sostenía que hay una relación estrecha entre los procesos penales anglosajón y continental-europeo y los tipos de autoridad política. Específicamente, consideraba que una autoridad política basada en el consenso popular no eludiría el debido proceso bajo las leyes inglesas y que, en cambio, una autoridad política no basada en un consenso tal sí podría hacerlo en el sistema legal continental-europeo. Este esquema podría brindarnos nuevas vías para desarrollar indagaciones desde los planos descriptivo y normativo, que no han sido exploradas por los estudios de derecho procesal penal comparado contemporáneos.

## **II. Los sistemas acusatorio e inquisitivo como categorías centrales de los análisis comparados del proceso penal**

Al menos desde la primera mitad del siglo XIX, los sistemas acusatorio (o, más tarde, también adversarial) e inquisitivo han sido categorías centrales en los análisis comparados del proceso penal.<sup>12</sup> Los jueces, los abogados y otros actores jurídicos, y la doctrina han utilizado estas categorías para captar las diferencias entre las tradiciones anglosajona y continental-europea. También han utilizado estos dos sistemas como modelos normativos para realizar reformas procesales y para adoptar decisiones en casos concretos.<sup>13</sup>

A pesar de que las características precisas de estas categorías varían con las diferentes formulaciones, el sistema acusatorio suele ser ligado a un proceso penal concebido como una disputa entre acusación y defensa, desarrollada en una audiencia oral y pública ante un tribunal dividido en dos, compuesto por un juez profesional y por un jurado en posición pasiva. En contraposición, el sistema inquisitivo es identificado con un proceso penal concebido como una

---

<sup>12</sup> Ver, por ej., H., *An Account of the Criminal Law, Criminal Courts, and Criminal Procedure of Germany; With Notices of the Principal Writers on Penal Jurisprudence, and the Principal Theories of Penal Legislation Prevailing There*, *Law Magazine Quarterly Review of Jurisprudence*, 11, 1, 1834; HÉLIE, Faustin, *Traité de l'instruction criminelle*, vol. 5, 1853; MITTERMAIER, Karl J. A., *Lehre vom Beweise im deutschen Strafprozesse*, 1834.

<sup>13</sup> Ver *supra*, notas 1 a 5.

investigación imparcial única, realizada a través de un procedimiento escrito y secreto, por un tribunal compuesto por jueces profesionales que cumplen un rol activo.<sup>14</sup>

Los sistemas acusatorio e inquisitivo están asociados, respectivamente, con las tradiciones anglosajona y continental-europea.<sup>15</sup> Cada sistema se basa en paradigmas epistemológicos diferentes acerca de cómo el proceso legal conduce o debería conducir a conclusiones verdaderas.<sup>16</sup> Además, cada sistema está asociado con una diferente concepción de la sociedad (la tradición anglosajona, con una concepción más individualista y la continental-europea, con una más comunitaria), como así también, con diferentes concepciones del Estado (el sistema acusatorio, con una concepción más democrática o liberal y el sistema inquisitivo, con una más autoritaria o no liberal).<sup>17</sup>

La mayoría de estas características se hallan presentes incluso en estudios contemporáneos sobre el proceso penal que utilizan otras categorías en vez de los sistemas acusatorio e inquisitivo. *Las caras de la justicia y la autoridad estatal*, de Damaška, es el exponente más sofisticado e influyente

---

<sup>14</sup> Ver, por ej., DAMAŠKA, Mirjan, *Evidence Law Adrift*, 1997 (en adelante, *Evidence Law Adrift*); DAMAŠKA, Mirjan, *Adversary System*, en “The Encyclopedia of Crime and Justice”, 1, Sanford H. Kadish ed., 1984, p. 24; DAMAŠKA, Mirjan, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, “University of Pennsylvania Law Review”, 121, 1973, p. 506 (en adelante, *Evidentiary Barriers*); FEELEY, Malcolm, *The Adversary System*, en “Encyclopedia of the American Judicial System”, Robert G. Janosik ed., 1987, p. 753; JACKSON, John D., *The Effect of Human Rights on Criminal Evidentiary Processes: Convergence, Divergence or Realignment?*, “Modern Law Review”, 68, 2005, pp. 737, 742-743 (en adelante, *The Effect of Human Rights*).

<sup>15</sup> Ver, por ej., HODGSON, Jacqueline, *French Criminal Justice. A Comparative Account of Investigation and Prosecution of Crime in France*, 2005; LANGER, Máximo, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, “Harvard International Law Journal”, 45, 2004, p. 1 (en adelante, *Legal Translations*).

<sup>16</sup> Ver, por ej., DAMAŠKA, Mirjan, *Atomistic and Holistic Evaluation of Evidence. A Comparative View*, en “Comparative and Private International Law. Essays in Honor of John Merryman”, David S. Clark ed., 1990, p. 91; DAMAŠKA, *Evidence Law Adrift*; DAMAŠKA, *Evidentiary Barriers*; DAMAŠKA, Mirjan, *Truth in Adjudication*, “Hasting Law Journal”, 49, 1998, p. 289; FERRAJOLI, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 10ª ed., 2009; PIZZI, William T., *Trials without Truth*, 1999; ROACH, Kent, *Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes*, “North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation”, 35, 2010, p. 387; WEIGEND, Thomas, *Should We Search for the Truth, and Who Should Do It?*, “North Carolina Journal of International Law & Commercial Regulation”, 36, 2011, p. 389.

<sup>17</sup> Ver, por ej., BINDER, Alberto, *Justicia Penal y Estado de Derecho*, 1993 (en adelante, *Justicia Penal*); DAMAŠKA, *Faces of Justice*; FERRARESE, Maria Rosaria, *An Entrepreneurial Conception of the Law? The American Model through Italian Eyes*, en “Comparing Legal Cultures”, David Nelken ed., Aldershot: Dartmouth, 1997, p. 157; GARAPON, Antoine/PAPADOPOULOS, Ioannis, *Juger en Amérique et en France: Culture juridique française et common law* (2003); GOLDSTEIN, Abraham S., *Reflections on Two Models: Inquisitorial Themes in American Criminal Procedure*, “Stanford Law Review”, 26, 1974, p. 1009 (en adelante, *Reflections on Two Models*); KAGAN, Robert A., *Adversarial Legalism: The American Way of the Law*, 2003 (en adelante, *Adversarial Legalism*); MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, 1, 2ª ed., 1996 (en adelante, *Derecho Procesal Penal*); SCHÜNEMANN, Bernd, *Zur Kritik des amerikanischen Strafprozessmodells*, en *Festschrift für Gerhard Fezer*, Edda Wesslau y Wolfgang Wohlers eds., 2008, p. 555.

de este fenómeno. En su libro, Damaška propone dos grupos opuestos de tipos ideales, en lugar de las categorías acusatorio e inquisitivo, con el fin de evitar “construcciones estrechas y estériles” y “vanos intentos de expresar el núcleo de la contraposición entre las administraciones de justicia continental y angloamericana”.<sup>18</sup>

Un primer grupo de tipos ideales contrapuestos incluye los *ideales* de la *jerarquía* y la *coordinación*; estos tipos ideales articulan dos maneras distintas mediante las cuales se estructura la autoridad dentro de la administración de justicia. En el modelo jerárquico, la administración de justicia está compuesta por profesionales que adoptan decisiones aplicando reglas técnicas a los casos y que se encuentran en relaciones jerárquicas de autoridad entre ellos. En el modelo de la coordinación, la administración de justicia está compuesta por legos que adoptan decisiones aplicando estándares comunitarios a los casos y que se encuentran en relaciones horizontales de autoridad entre ellos. El segundo grupo de tipos ideales opuestos incluye los *modelos* de la *implementación de políticas públicas* y de la *resolución de conflictos*. Estos tipos ideales articulan dos objetivos diferentes para el Estado y la administración de justicia. En el modelo de la implementación de políticas públicas, el objetivo de la administración de justicia y del Estado es implementar una determinada concepción del bien. En el modelo de la resolución de conflictos, el objetivo de la administración de justicia y del Estado es brindar un marco dentro del cual los individuos puedan optar por sus propias concepciones acerca del bien. Damaška clasificó procesos legales de distintos lugares del mundo utilizando estas categorías.

El esclarecedor esquema de Damaška ha renovado el estudio comparado de los procesos legales, al ofrecer dos originales grupos de tipos ideales contrapuestos que conectan las características de los procesos legales con diferentes tipos de autoridad y distintos objetivos de la administración de justicia. De todos modos, a pesar de su originalidad, este esquema puede ser entendido como una elaboración de los sistemas acusatorio e inquisitivo, antes que una verdadera alternativa a ellos. Al igual que un importante sector de la literatura sobre lo acusatorio y lo inquisitivo, el desarrollo de Damaška se apoya en tipos ideales como herramientas teóricas, creando con eficacia modelos abstractos como una forma de clasificar y analizar los procesos legales reales.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> DAMAŠKA, *Faces of Justice*, p. 6.

<sup>19</sup> Acerca de los sistemas acusatorio e inquisitivo como tipos ideales, ver LANGER, Máximo, *La dicotomía acusatorio-inquisitivo y la importación de mecanismos procesales de la tradición jurídica anglosajona*, en MAIER, Julio y BOVINO, Alberto (eds.), “El procedimiento abreviado”, 2001, p. 97; LANGER, *The Long Shadow*.

Además, los modelos de la resolución de conflictos y de la implementación de políticas públicas, contruidos por Damaška, pueden ser considerados una elaboración de la clásica dicotomía acusatorio-inquisitivo, representada como la contraposición entre contienda de partes e investigación imparcial, mientras que los modelos de la coordinación y de la jerarquía pueden ser considerados una elaboración de la clásica dicotomía acusatorio-inquisitivo, encarnada en la contraposición entre jueces legos y jueces profesionales.

Los modelos de la resolución de conflictos y de la implementación de políticas públicas también pueden ser considerados una elaboración de la clásica idea de los estudios comparados sobre el proceso penal según la cual existe un vínculo entre tipos de procesos penales y tipos de Estado. Las elaboraciones tradicionales ligan lo acusatorio con una concepción democrática del Estado y lo inquisitivo con una de tipo autoritario o monárquico, mientras que el trabajo de Damaška liga los procesos basados en una contienda con una concepción liberal del Estado y los procesos basados en la investigación con una de carácter no liberal. Es una contribución novedosa, pero opera dentro de un espacio intelectual que ya había sido abierto por la literatura sobre los sistemas acusatorio e inquisitivo.<sup>20</sup>

### **III. Un derecho comparado de las diferencias impulsado por argumentos normativos: política, identidad nacional inglesa y el interés propio de la profesión jurídica inglesa**

Me gustaría escribir una historia acerca de cómo estos conceptos y estas cuestiones devinieron centrales para el análisis comparado de los procesos penales. Una de mis hipótesis de trabajo en este proyecto es que los juristas ingleses jugaron un papel primordial en la articulación y desarrollo de estas ideas.

Los doctrinarios y los abogados de Europa continental ya distinguían entre los procesos acusatorio e inquisitivo en los siglos XII y XIII, como una forma de diferenciar el proceso legal que requería, para su inicio, de la acusación de un particular, frente al proceso legal que podía ser iniciado por funcionarios públicos que actuaban por iniciativa propia basándose en rumores públicos (*fama*).<sup>21</sup> Sin embargo, la diferenciación entre estos dos procesos era una distinción que

---

<sup>20</sup> Ver LANGER, *The Long Shadow*, pp. 902-903.

<sup>21</sup> Para una reciente reseña de los más relevantes tratados de derecho procesal escritos por juristas de la Edad Media y de la temprana Edad Moderna, incluidos sus análisis de los procesos acusatorio e inquisitivo, ver PENNINGTON, Kenneth, *The Jurisprudence of Procedure*, en "The History of Courts and Procedure in Medieval Canon Law", p. 125-159, Wilfried Hartmann and Kenneth Pennington eds., Catholic University Press of America, 2016.

tenía lugar dentro de, antes que entre, los sistemas legales. En otras palabras, los términos eran utilizados, fundamentalmente, para referirse a dos tipos de procesos legales que coexistían dentro del mismo sistema legal y no como un medio para comparar los procesos propios de diferentes sistemas legales. De acuerdo con ello, en esa época temprana, proceso acusatorio y proceso inquisitivo no connotaban, respectivamente, las tradiciones inglesa y continental. Además, al menos en los comienzos, los procesos acusatorio e inquisitivo no eran dos completos sistemas procesales autónomos, sino que aludían, en cambio, a dos modos de dar inicio a un proceso legal. Dicho con otros términos, una vez iniciados por acusación privada o por el impulso de un funcionario público, los procesos legales compartían características similares.<sup>22</sup>

Dejando de lado a los juristas ingleses entrenados en el derecho continental-europeo y a los juristas de tradición continental-europea que vivieron en Inglaterra,<sup>23</sup> los académicos del continente no prestaron sustancial atención al derecho común inglés, que era considerado una anomalía dentro del derecho europeo de la época: “Los juristas del derecho común inglés no tenían virtualmente ninguna afinidad intelectual con sus colegas del continente y su lenguaje jurídico francés no habría sido comprendido en París. Su sistema legal estaba tan embebido del proceso de los tribunales del rey, que en gran medida era incomprensible fuera de éstos”<sup>24</sup>.

Por el contrario, para los juristas del derecho común inglés, explicar por qué el derecho común era tan sólido como, y aun superior que, el derecho continental-europeo era crucial para mantener su propia legitimidad, ya que el derecho continental-europeo no sólo era la legislación predominante en el resto de Europa, sino que, además, era utilizado en algunos tribunales ingleses, incluso en los tribunales marítimos y eclesiásticos y hasta en los tribunales de equidad.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> Ver, por ej., IV Concilio de Letrán, Canon 8 (1215). Para una traducción al inglés, ver Reverendo SCHROEDER, H. J., *Disciplinary Decrees of the General Councils*, 1937, pp. 248-250.

<sup>23</sup> Ver, por ej., BAKER, J. H., *Introduction. English Law and the Renaissance*, en “The Reports of Sir John Spelman”, II, 94 Selden Society, J. H. Baker ed., 1978, p. 23 (en adelante, *The Renaissance*), p. 24: “Algunos intelectuales, tales como Erasmo y Starkey tildaban de bárbaros el lenguaje y el contenido de las leyes inglesas y ponderaban el derecho continental por considerarlo refinado y humanitario”; THORNE, S. E., *English Law and the Renaissance*, en sus “Essays in English Legal History”, The Hambledon Press, 1985, p. 187 (en adelante, *English Law and the Renaissance*), donde describe críticas dirigidas contra el derecho inglés y propuestas de reforma presentadas en Inglaterra, inspiradas en el derecho romano.

<sup>24</sup> Ver, por ej., BAKER, *English Legal History*, p. 29.

<sup>25</sup> Acerca de la presencia e influencia del derecho continental en los tribunales y en la cultura jurídica inglesa, ver, por ej., BAKER, *English Legal History*, pp. 27-29; BAKER, *The Renaissance*; BROOKS, Christopher W., *Law, Politics and Society in Early Modern England*, Cambridge University Press, 2008, pp. 12, 121-122, 148 (en adelante, *Early Modern England*); MAITLAND, Frederic William, *English Law and the Renaissance*, Cambridge: at the University Press, 1901 (en adelante, *English Law*); THORNE, *English Law and the Renaissance*. Acerca del proceso legal llevado adelante ante los tribunales eclesiásticos de Inglaterra y su evolución en el tiempo, ver, por ej., KELLY, Henry Ansgar, *Thomas More on Inquisitorial Due*

Además, la distinción entre derecho común y derecho continental-europeo tuvo su papel en la construcción de la identidad nacional inglesa y en conflictos políticos y religiosos.<sup>26</sup> No es sorprendente, entonces, que los juristas ingleses se hayan contado entre los primeros en elaborar análisis comparados sostenidos entre el derecho continental-europeo y el derecho común inglés.

En la época en que Fortescue escribió *De Laudibus Legum Angliae* (*En Alabanza de las Leyes de Inglaterra*) (1468-1471), el enfrentamiento entre los tribunales del derecho común inglés tradicionales y las demás jurisdicciones estaba muy vigente;<sup>27</sup> el título y el contenido de la obra reflejan una identidad y orgullo nacionales.<sup>28</sup> John Fortescue se convirtió en 1442 en el presidente de uno de los tribunales reales, el Tribunal del Rey (King's Bench), y se desempeñó en ese cargo por más de dieciocho años, hasta el destronamiento de Enrique VI en 1461. Acompañó en el exilio a Escocia a su destronado maestro, quien lo designó su Lord Canciller, y, más tarde, siguió a la esposa de Enrique, Margarita, y al hijo a ambos, Eduardo, hasta Flandes y Francia.<sup>29</sup>

Durante su exilio, Fortescue tuvo a su cargo, entre otras funciones, educar a Eduardo en las leyes de Inglaterra y en los deberes del rey de Inglaterra.<sup>30</sup> Es en este contexto que escribió *De Laudibus Legum Angliae*.<sup>31</sup> En efecto, *De Laudibus* está redactado como un diálogo entre el Príncipe

---

*Process*, CXXIII, 503, "English Historical Review", 2008, p. 847; KELLY, Henry Ansgar, *Inquisition, Public Fame and Confession: General Rules and English Practice*, en "The Culture of Inquisition in Medieval England", Mary C. Flannery & Katie T. Walter eds., Cambridge: D.S. Brewer, 2013; KELLY, Henry Ansgar, *Mixing Canon and Common Law*, en "Religious Prosecutions under Henry VIII and Edward VI: Bishop Bonner, Anne Askew, and Beyond", XLVI/4, Sixteenth Century Journal, 2015, p. 99.

<sup>26</sup> Ver, por ej., BAKER, *The Renaissance*, p. 25: "La recepción del derecho imperial seguramente habría resultado embarazosa para un rey que afirmaba su completa independencia de cualesquiera autoridades extranjeras (especialmente, romanas)"; BROOKS, *Early Modern England*, 120, pp. 98-99; van CAENEGEM, R. C., *The Birth of the English Common Law*, 2ª ed., Cambridge University Press, 1988 (en adelante, *Birth*); MAITLAND, *English Law*; THORNE, *English Law and the Renaissance*, p. 188: "Efectivamente sería curioso que un movimiento tendiente a sustituir un sistema legal extranjero por una alternativa autóctona estuviera en curso en el mismo momento en que sonaba una inconfundible nota nacionalista..., cuando la autoridad usurpada del arzobispo de Roma estaba siendo rechazada bajo la apariencia de una restauración de las libertades inglesas tradicionales".

<sup>27</sup> Ver, por ej., BAKER, *English Legal History*, pp. 39-41.

<sup>28</sup> Ver BROOKS, *Early Modern England*, p. 23; VAN CAENAGEN, *Birth*, p. 98.

<sup>29</sup> Ver, por ej., LORD CLERMONT, Thomas (Fortescue), *Life of the Author*, en "Chancellor Sir John Fortescue, De Laudibus Legum Angliae. A Treatise in Commendation of the Laws of England", traducción de Francis Gregor y notas de Andrew Amos, Cincinnati: Robert Clarke and Co., 1874, pp. viii, xi-xii, xvii, xx, xxiv-xxx (en adelante, LORD CLERMONT, *Life*).

<sup>30</sup> ÍDEM, p. xxx.

<sup>31</sup> Ver CHRIMES, S.B., *Cronology of Fortescue's Life*, en "Sir John Fortescue, De Laudibus Legum Angliae" 1xvi, editado y traducido por S.B. Chrimes, 1949.

(Eduardo) y el Canciller (Fortescue) y es un ejemplo del género “espejo para príncipes”, es decir, un trabajo escrito para instruir y aconsejar al príncipe.<sup>32</sup>

La influencia que alcanzó el libro se manifiesta en sus múltiples ediciones en inglés y latín y en las diversas traducciones del latín al inglés que éste tuvo a través de los siglos.<sup>33</sup> Entre la Restauración y el reinado de Jorge II (1727-1760), la obra se encontraba dentro de una breve lista de libros de texto que podían ser recomendados a los futuros abogados en sus cursos iniciales.<sup>34</sup> El libro también tuvo influencia práctica y fue utilizado en debates legales y políticos,<sup>35</sup> al punto de que ha llegado a decirse que, “de todos los juristas y teóricos políticos de la Inglaterra medieval, el autor probablemente más citado en las grandes luchas del siglo diecisiete ha sido, junto a Bracton, Sir John Fortescue”.<sup>36</sup>

Uno de los puntos de Fortescue en *De Laudibus* era demostrar por qué el rey de Inglaterra no podía prescindir del derecho común aun cuando quisiera hacerlo. Otro de sus puntos en la obra consistía en exhibir por qué el derecho común (common law) era superior al derecho continental-europeo (civil law). En el texto, luego de ser persuadido acerca de la importancia de recibir instrucción jurídica, el Príncipe pregunta “si debería consagrarme a estudiar el derecho de Inglaterra o las leyes que rigen en el continente, que son reconocidas alrededor del mundo”.<sup>37</sup> El Canciller responde que “el rey de Inglaterra no está facultado para modificar a su gusto las leyes de

<sup>32</sup> Ver, por ej., MCGERR, Rosemarie, *A Lancastrian Mirror for Princes*, 2011.

<sup>33</sup> Para una reseña de estas ediciones y traducciones, ver LORD CLEMONT, *Preface*, en “Chancellor Sir John Fortescue, *De Laudibus Legum Angliae*. A Treatise in Commendation of the Laws of England”, traducción de Francis Gregor y notas de Andrew Amos, Cincinnati: Robert Clarke and Co., 1874, pp. 1vii-1ix; CHRIMES, S.B., *Introduction*, en “Sir John Fortescue, *De Laudibus Legum Angliae*”, editado y traducido por S.B. Chrimes, 1949, p. xcv; y HAZELTINE, Harold Dexter, *General Preface*, en ÍDEM, ix. Existe una edición contemporánea de la traducción de S.B. Chrimes, editada por Shelley Lockwood, en “Sir John Fortescue, *On the Laws and Governance of England*”, Shelley Lockwood ed., 1997 (en adelante, *In Praise of the Laws of England*). Salvo indicación en contrario, todas las citas que aquí se incluyen de *De Laudibus Legum Angliae* provienen de esta última edición de Lockwood.

<sup>34</sup> LANGBEIN y otros, *Common Law*, p. 935.

<sup>35</sup> Ver, por ej., HOLDSWORTH, *History of English Law*, II, p. 571: “Sin apartarse en lo más mínimo de la posición constitucional que había adoptado en *De Laudibus*, Fortescue hizo propuestas que fueron llevadas a la práctica por los Tudors... A fines del siglo quince era posible defender la idea de un poder ejecutivo fuerte sobre la base de sus propias prerrogativas y, aun así, creer en el control parlamentario. Es por esta razón que, curiosamente, los trabajos de Fortescue han tenido una influencia práctica doble. Han gozado de la curiosa distinción de haber sugerido tanto las medidas que condujeron al establecimiento de la monarquía más fuerte que Inglaterra tuvo desde la época de los reyes normandos y angevinos, como los argumentos que fueron frecuente y eficazmente utilizados por los críticos de la arbitrariedad”. Sobre la influencia que en general tuvo Fortescue, ver SKEEL, Caroline A. J., *The Influence of the Writing of Sir John Fortescue*, “*Transactions of the Royal Historical Society*”, 10, 1916, p. 77.

<sup>36</sup> MCILLWAIN, Charles Howard, *Growth of Political Thought in the West*, 1932, p. 354 (en adelante, *Political Thought*).

<sup>37</sup> FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, p. 14.

su reino, pues gobierna para su pueblo a través de una autoridad no sólo real sino también política”.<sup>38</sup> En consecuencia, no puede “... alterar las leyes sin el consentimiento de sus súbditos ni tampoco cargar al pueblo con imposiciones extrañas y contrarias a su voluntad...”<sup>39</sup>.

El Canciller señala que “... las comparaciones son... odiosas...”<sup>40</sup>. Sin embargo, dice al Príncipe que “... podrá entender en forma más eficiente si estas dos legislaciones revisten igual mérito o si una de ellas merece mayor elogio que la otra... a partir de aquellas cuestiones en las cuales su regulación difiere. Es que, en cuanto coinciden, ambas son igualmente encomiables; pero, en aquello en lo que son distintas, la superioridad de la legislación que esté dotada de mayor excelencia se revelará luego de una adecuada reflexión... Pues las cualidades de ambas resaltarán más claramente, si los principios derivados de cada una son puestos unos junto a los otros, ya que, como dice Aristóteles, ‘Los opuestos colocados en yuxtaposición son más manifiestos’”.<sup>41</sup>

En este sentido, *De Laudibus* puede ser considerado uno de los creadores del derecho comparado que enfatiza las diferencias entre los sistemas (*comparative law of differences*) (por oposición al derecho comparado que enfatiza las similitudes entre ellos (*comparative law of commonalities*)). Con su énfasis en el derecho continental-europeo y en el derecho anglosajón, el derecho procesal penal comparado ha tendido a concentrarse en explicar las diferencias, antes que las similitudes, existentes entre los sistemas legales propios de las distintas tradiciones.

Para aprehender las diferencias, Fortescue utiliza oposiciones binarias, tales como derecho continental-europeo y derecho inglés, y otras que analizaré más adelante. El empleo de contraposiciones continúa presente en los estudios comparados contemporáneos del proceso penal, con la utilización de dicotomías como derecho anglosajón versus derecho continental-europeo, sistema acusatorio versus sistema inquisitivo y otras alternativas a éstas.<sup>42</sup>

El estudio de derecho comparado de Fortescue, focalizado en las *diferencias*, y la utilización del contraste entre derecho inglés y derecho continental-europeo fueron impulsadas por argumentos normativos; el objetivo del autor al comparar la legislación inglesa y la legislación continental-europea era demostrar que la primera de ellas era claramente superior. Hoy en día,

---

<sup>38</sup> ÍDEM, p. 17.

<sup>39</sup> ÍDEM, p. 17.

<sup>40</sup> ÍDEM, p. 29.

<sup>41</sup> ÍDEM, pp. 29 y 35.

<sup>42</sup> Ver, por ej., LANGER, *The Long Shadow*; MARKOVITKS, Inga, *Playing the Opposite Game: On Mirjan Damaška's The Faces of Justice and State Authority*, “Stanford Law Review”, 41, 1989, p. 1313 (reseña bibliográfica).

este uso normativo de las categorías derecho anglosajón y derecho continental-europeo es muy frecuente entre los jueces, los responsables del diseño de las políticas públicas<sup>43</sup> y una parte de la doctrina procesal penal comparada.<sup>44</sup>

#### IV. Juicio por testigos versus juicio por jurados

La distinción entre derecho inglés y derecho continental-europeo, junto con la contraposición entre dominio real (royal *dominium*) y dominio político (political *dominium*) que analizaré en detalle más adelante, son las distinciones centrales de la obra *De Laudibus Legum Angliae*. La primera y más importante diferencia, señalada por Fortescue, entre el derecho continental-europeo y el derecho inglés se refiere al proceso legal. El autor destinó trece de los cincuenta y cuatro capítulos del libro a analizar esta diferencia y sólo siete capítulos a estudiar otras tres distinciones importantes entre el derecho inglés y el derecho continental-europeo.<sup>45</sup>

Para Fortescue, la principal diferencia entre los procesos de tradición continental-europea e inglesa consistía en su respectiva utilización del juicio por testigos y el juicio por jurados:

“Cuando las partes plantean ante un juez una controversia sobre cuestiones de hecho..., la verdad acerca de esa cuestión debería ser probada, bajo las reglas del derecho propio del continente, a través de la declaración de testigos, para lo cual son suficientes dos testigos idóneos. De acuerdo con las leyes de Inglaterra, en cambio, la verdad no puede ser establecida ante el juez

---

<sup>43</sup> Ver, por ej., LANGER, *Revolution in Latin American Criminal Procedure*; SKLANSKY, *Anti-Inquisitorialism*.

<sup>44</sup> Ver, por ej., AMODIO, Ennio/SELVAGGI, Eugenio, *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, “Temple Law Review”, 62, 1989, p. 1211; BINDER, *Justicia Penal*; FRASE, Richard S., *Comparative Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: How Do the French Do it, How Can We Find Out, and Why Should We Care?*, “California LR”, 78, 1990, p. 539; FRASE, Richard S./WEIGEND, Thomas, *German Criminal Justice as a Guide to American Law Reform: Similar Problems, Better Solutions?*, “Boston College International & Comparative LR”, 18, 1995, p. 317; TURNER, Jenia Iontcheva, *Judicial Participation in Plea Negotiations: A Comparative View*, “American Journal of Comparative Law”, 54, 2006, p. 199; LANGBEIN, John H., *Land without Plea Bargaining: How the Germans Do It*, “Mich. L. Rev.”, 78, 1979, p. 204; LANGBEIN, John H., *Mixed Court and Jury Court: Could the Continental Alternative Fill the American Need?*, “American Bar Foundation Research Journal”, 1981, p. 195; WEINREB, Lloyd L., *Denial of Justice: Criminal Process in the United States*, 1977.

<sup>45</sup> Ver FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, capítulos XXXIX-XLI (sobre los hijos nacidos fuera del matrimonio); XLII-XLIII (acerca de si la condición servil o libre de los hijos debería seguir a la condición de la madre o padre); y XLIV-XLV (sobre la tutela de los menores). Fortescue también incluye dos capítulos adicionales, LII y LIII, dedicados a cuestiones procedimentales, en los que aborda las demoras en los procedimientos.

si no es mediante el juramento de doce hombres de la vecindad donde se supone que ha ocurrido el hecho”.<sup>46</sup>

Fortescue consideraba al juicio por testigos y al juicio por jurados como dos tipos de procedimientos para determinar la verdad.<sup>47</sup> Inicialmente, esto podría resultar sorprendente desde una perspectiva contemporánea, puesto que, en nuestra visión actual, pensamos en los testigos como una fuente de información y en su testimonio como un elemento de prueba, y consideramos al jurado una especie de juzgador.

Sin embargo, la contraposición cobra sentido si uno considera que, de acuerdo con Fortescue, en el juicio por testigos, la declaración de dos testigos idóneos era suficiente para probar un hecho y, por lo tanto, para decidir el caso.<sup>48</sup> Además, Fortescue concebía a los jurados no únicamente como jueces, sino también como testigos. En otras palabras, los jurados no sólo obtenían información sobre el caso a través de las pruebas y las declaraciones de los testigos,<sup>49</sup> sino que también podían basarse en su conocimiento anterior sobre el caso e investigar sobre el caso para juzgarlo.<sup>50</sup>

La distinción entre juicio por testigos y juicio por jurados continúa la línea de la contraposición entre “*trial per probes*” (juicio por pruebas) y “*trial per país*” (juicio por el país), que precedía a Fortescue en el derecho inglés. Acerca de esta última distinción, la obra *History of English Law*, de Reeves, señala:

“Al juicio por pruebas, con frecuencia mencionado en Glanville y Bracton... se habría recurrido sólo en aquellos casos en los cuales la cuestión no podía, en virtud de la ley, considerarse abarcada por el conocimiento de los habitantes del lugar o país. Los casos más

---

<sup>46</sup> ÍDEM, p. 29.

<sup>47</sup> ÍDEM, pp. 29-30.

<sup>48</sup> ÍDEM, pp. 29-31.

<sup>49</sup> ÍDEM, pp. 38-40.

<sup>50</sup> ÍDEM, pp. 38. Acerca de la concepción que Fortescue tenía de los jurados que podían haberse informado o informarse por sí mismos, ver CHRIMES, *Notes*, p. 172; SEIPP, David J., *Jurors, Evidences and the Tempest of 1499*, en “The Dearest Birth Right of the People of England - The Jury in the History of the Common Law”, John W. Cairns & Grant McLeod eds., Hart Publishing, 2002, pp. 75, 82; THAYER, James Bradley, *A Preliminary Treatise on Evidence at the Common Law*, Elibron Classics series, 2005, p. 115. Para una síntesis del debate acerca de si los jurados ingleses alguna vez se informaron por sí mismos, ver, por ej., KLERMAN, Daniel, *Was the Jury Ever Self-Informing?*, “Southern California Law Review”, 77, 2003, p. 123.

comunes... objeto de este juicio eran aquellos en los cuales se alegaba que el marido estaba vivo en otro condado”.<sup>51</sup>

Del mismo modo, el juicio por testigos “era aplicable, antiguamente, a las cuestiones que se suscitaban a partir de la muerte del marido durante una acción de dote... En la acción de dote, si el arrendatario alega que el marido vive, no habrá juicio por jurados, sino por testigos... En el caso del juicio por testigos, el tribunal ordena, mediante auto, que, en una fecha determinada, ambas partes presenten sus respectivos testigos ante el tribunal. Los jueces los examinan y deciden y la sentencia es dictada de acuerdo con ello. En este tipo de juicio, la conclusión afirmativa debe ser probada, al menos, por medio de dos testigos...”.<sup>52</sup>

La distinción entre juicio por testigos y juicio por jurados ya existía en la legislación inglesa, como el propio Fortescue lo reconoce.<sup>53</sup> Sin embargo, en lugar de emplearla para diferenciar dos clases de procesos legales dentro del derecho de Inglaterra, Fortescue la utiliza como herramienta para comparar el derecho continental-europeo y el derecho común de su país.

En Inglaterra, y también en los Estados Unidos, los análisis comparados sobre el proceso legal emplearon el uso que Fortescue dio a estas categorías. Por ejemplo, Sir Matthew Hale se basó en la contraposición entre juicio por jurados y juicio por testigos en su clásico e influyente libro *The History of the Common Law of England*, “... con el objeto de poner en evidencia la excelencia de las leyes de Inglaterra por sobre las de otras naciones...”.<sup>54</sup> A principios del siglo diecinueve, la contraposición todavía se encontraba en uso en los Estados Unidos.<sup>55</sup>

Más tarde, el énfasis puesto en el contraste entre juicio por jurados y juicio por testigos fue abandonado, bien porque la distinción devino obsoleta cuando las legislaciones de tradición continental-europea derogaron el sistema de pruebas legales durante el siglo XIX —y, con ello, la regla de los dos testigos—, o bien porque los sistemas acusatorio e inquisitivo se convirtieron en las categorías centrales del derecho procesal penal comparado. De hecho, la contraposición entre

---

<sup>51</sup> Ver, por ej., REEVES, *History of the English Law*, Vol. 2, W.F. Finlanson ed., 1869, p. 401.

<sup>52</sup> ÍDEM, p. 401.

<sup>53</sup> Ver FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, p. 46. Acerca del empleo, en Inglaterra, de la regla de los dos testigos en casos de traición, con posterioridad a los tiempos de Fortescue, ver HILL, L. M., *The Two-Witness Rule in English Treason Trials: Some Comments on the Emergence of Procedure Law*, Am. J. Legal Hist., 12, 1968, p. 95.

<sup>54</sup> Ver Sir HALE, Matthew, *The History of the Common Law of England*, 160, Charles M. Gray ed., The University of Chicago Press, 1971. Ver, especialmente, ÍDEM, pp. 164-167.

<sup>55</sup> Ver, por ej., *The Case of the Sloop Active*, pp. 36-39 (Philadelphia, publicado por G. & A. Conrad, Mathew Carey, y otros, 1809).

juicio por testigos y juicio por jurados parece ser completamente desconocida en los análisis de derecho procesal penal comparado actuales, siendo este artículo el primer trabajo contemporáneo que la aborda.

No obstante, incluso si la distinción entre juicio por jurados y juicio por testigos dejó de ser utilizada, las nociones más generales elaboradas por Fortescue no fueron abandonadas. La doctrina y la literatura académica procesal penal comparadas aún asumen que debemos distinguir entre derecho continental-europeo y derecho anglosajón para comprender el proceso penal y que necesitamos categorías teóricas para dar cuenta de las diferencias existentes entre los procesos penales desarrollados en las dos tradiciones.<sup>56</sup>

## V. La mayor precisión del juicio por jurados inglés y el problema de la tortura

¿Por qué creía Fortescue que era importante comparar los procesos legales regulados por el derecho continental-europeo y el derecho inglés? Tal como lo es hoy para un importante sector de la doctrina procesal penal comparada, ese contraste era útil para determinar qué tipo de proceso legal conducía a conclusiones más exactas y trataba a los imputados más dignamente.<sup>57</sup>

Fortescue señala que “la cuestión... es cuál de esos dos procesos, tan diferentes, debería considerarse que es más razonable y eficiente para establecer la verdad. Pues aquella ley que permite revelarla mejor y con más certeza es superior en este aspecto que aquélla que está dotada de una menor eficiencia y virtud”.<sup>58</sup>

Según Fortescue, el juicio por testigos presentaba el problema de que requería las declaraciones de dos testigos y llevaba a que se fabricara la evidencia que no podía ser adecuadamente impugnada, porque los testigos frecuentemente eran desconocidos para la contraparte:

“Bajo el derecho continental-europeo, la parte que ha afirmado el hecho controvertido debe presentar los testigos, que pueden ser designados por él a su gusto... Quien no pueda hallar, entre todos los hombres que conozca, dos individuos que sean tan faltos de conciencia y verdad que, por

---

<sup>56</sup> Ver LANGER, *The Long Shadow* (donde se analizan las distintas formas en que las categorías acusatorio e inquisitivo son utilizadas por el derecho procesal penal comparado, como así también, aquellas otras aproximaciones alternativas a esas categorías que también tratan de captar las diferencias existentes entre el derecho anglosajón y el derecho continental-europeo).

<sup>57</sup> Ver los trabajos citados *supra*, notas 16, 17 y 44.

<sup>58</sup> FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, pp. 29-30.

miedo, amor o ventaja, contradirían cada verdad, debe ser considerado realmente débil y poco diligente. De ese modo, puede ocurrir que una de las partes en el proceso presente a personas de esta clase como testigos a su favor. Y si la contraparte quisiera objetarlos u objetar su testimonio, es posible que no logre excluirlos sobre la base de su perversión y crueldad, pues no siempre los testigos, su conducta y sus hábitos resultan conocidos para quien desea formular la objeción... ¿Quién, por ende, puede vivir seguro bajo una ley semejante —una ley que ofrece asistencia a cualquiera que sea hostil contra su prójimo—?”<sup>59</sup>

Dos de los tres ejemplos que Fortescue daba para ilustrar estos peligros provenían de casos penales.<sup>60</sup> Consistían en declaraciones de testigos que mintieron acerca de la violación de determinadas prohibiciones básicas por parte del imputado, que fueron seguidas de la imposición de castigo al imputado. Estos ejemplos incluían la historia de Noboth, falsamente acusado por dos testigos de haber insultado a Dios y al rey, y lapidado hasta la muerte,<sup>61</sup> y la historia de Susanna, quien fue falsamente acusada de adulterio por dos testigos y condenada a muerte (aunque, más tarde, salvada por Dios por intermedio de un niño llamado Daniel, quien interrogó a los hombres y demostró las contradicciones que había entre sus testimonios).<sup>62</sup>

De acuerdo con Fortescue, el segundo problema que presentaba el juicio por testigos radicaba en que alentaba el uso de la tortura, un tema que todavía ocupa a los historiadores del derecho y los estudiosos del proceso penal comparado:<sup>63</sup>

“Las leyes de Francia... prefieren que el imputado sea martirizado con torturas hasta que confiese su culpabilidad, antes que proceder a través de la declaración de testigos, que a menudo son inducidos al falso testimonio, motivados en ciertas pasiones malintencionadas y, a veces, en el soborno de personas malvadas”.<sup>64</sup>

---

<sup>59</sup> ÍDEM, p. 30.

<sup>60</sup> ÍDEM, pp. 30-31. El tercer ejemplo es el de John Fringe, un sacerdote que, según Fortescue, presentó dos testigos falsos para probar que había sido prometido en matrimonio a una joven y que, de esa manera, había sido compelido a abandonar sus órdenes sagradas y a consumir el matrimonio con ella. Acerca de este caso, ver CHRIMES, *Notes*, pp. 163-165; y LEA, Henry C., *History of Sacerdotal Celibacy in the Christian Church*, I, 3ª ed. revisada, 1907, p. 393.

<sup>61</sup> Ver *Kings*, I, p. 21. <https://www.biblegateway.com/passage/?search=1+Kings+21&version=CEV>.

<sup>62</sup> DANIEL, p. 13 (Vulgata). <http://www.usccb.org/bible/daniel/13>.

<sup>63</sup> Ver, por ej, LANGBEIN, *Torture and the Law of Proof*; DAMAŠKA, Mirjan, *The Death of Legal Torture*, *Yale L.J.*, 87, 1978, p. 860 (reseña bibliográfica); WHITMAN, *The Origins of Reasonable Doubt*, pp. 100 y ss.

<sup>64</sup> FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, pp. 31-32.

Fortescue sostenía que la tortura en los procesos penales conduce a conclusiones poco fiables:

“El mismo derecho continental-europeo arranca la verdad a través de... torturas en casos penales en los que faltan suficientes testigos, y muchos reinos hacen lo mismo. Pero, ¿quién es tan fuerte que, después de haber atravesado estos tormentos atroces, no preferiría, aunque inocente, confesar toda clase de delitos...?”<sup>65</sup>

La tortura no sólo conduce a conclusiones poco fiables, sino que también es cruel:

“... Si un hombre inocente... se abstiene de mentir en perjuicio de su alma, de modo que el juez lo declara inocente, ¿acaso, mediante esa decisión, el juez no se declara a sí mismo culpable de haber infligido toda esa crueldad y dolor a un hombre inocente? ¡Oh! ¡Qué cruel es aquella ley que, cuando no es posible condenar a un inocente, condena al propio juez! En verdad, una práctica semejante no debe ser considerada una regla de derecho, sino, en cambio, un camino al infierno”.<sup>66</sup>

Según Fortescue, a diferencia del proceso legal continental-europeo, el sistema inglés era más flexible en cuanto a las exigencias probatorias para la condena, el proceso era público y además contaba con jurados que se informaban por sí mismos, que eran confiables y honestos porque debían alcanzar un nivel mínimo de riqueza y porque eran seleccionados por funcionarios imparciales e independientes.<sup>67</sup>

Con relación específicamente a los juicios penales, Fortescue consideraba que era crucial la cuestión de quiénes eran los jurados y el hecho de que el imputado podía recusar potenciales jurados:

“Pero ahora es muy necesario indagar cómo las leyes de Inglaterra regulan la determinación de la verdad en los casos penales, de modo que, una vez que hayamos aprehendido con claridad las características de las leyes, podamos saber con seguridad cuál de ellas revela más eficazmente la verdad oculta. En Inglaterra, si un sospechoso, acusado por traición u otro delito grave, niega su

---

<sup>65</sup> ÍDEM, p. 32.

<sup>66</sup> ÍDEM, p. 33.

<sup>67</sup> ÍDEM, pp. 35-42. Ver también ÍDEM, pp. 46-47. Para la historia de las facultades de hecho y de derecho atribuidas a los jurados para determinar la credibilidad de los testigos, y su relación con el juramento de estos últimos, ver FISHER, George, *The Jury's Rise as Lie Detector*, “Yale Law Journal”, 107, 1997, p. 575.

delito ante los magistrados, el alguacil del condado donde el hecho fue cometido hará comparecer, ante aquellos jueces, ... a un grupo de hombres buenos y honestos del vecindario del pueblo donde el hecho fue cometido, que no guarden con el acusado ninguna relación de afinidad y que posean, cada uno de ellos, cien chelines en tierras o rentas, para declarar acerca de la verdad de aquel delito. A continuación, el imputado puede recusarlos... Más aun, en defensa de su propia vida, puede recusar los treinta y cinco hombres más temidos por él, quienes, como consecuencia de esta impugnación, serán excluidos del panel... , a pesar de que no conozca causa alguna que invocar para fundar la recusación".<sup>68</sup>

Fortescue entendía que este sistema no sólo protegía al inocente, sino que, además, prevenía la impunidad y el uso de la tortura:

"Entonces, en Inglaterra, ¿quién puede morir injustamente por un delito, cuando tiene a su disposición tantos recursos para defender su vida, y nadie puede condenarlo, salvo sus vecinos, hombres buenos y devotos, contra quienes no puede oponer ninguna excepción? Realmente preferiría que escapen a la muerte veinte hombres culpables por obra de la misericordia, antes que un inocente acabe condenado injustamente. Sin embargo, que no se suponga que una persona que ha sido acusada de esta forma puede eludir el castigo si, en lo sucesivo, su vida y sus hábitos se convertiría en el terror de aquellos que lo han absuelto de su delito. En este proceso, nada es cruel, nada, inhumano; un hombre inocente no puede padecer sufrimiento físico. Así, no será calumniado por sus enemigos, ya que no será torturado a instancias de aquéllos. Bajo estas leyes, por lo tanto, la vida permanece tranquila y segura".<sup>69</sup>

## **VI. Proceso penal, derecho y sociedad, y el trasplante de instituciones jurídicas, según Fortescue**

Un importante tema, presente en los estudios comparados contemporáneos sobre el proceso penal, consiste en que existe un vínculo profundo entre los procesos penales propios de las tradiciones continental-europea y anglosajona y el contexto institucional y social en los que aquéllos operan.<sup>70</sup> Es por esto que trasplantar reglas e instituciones procesales entre los sistemas

---

<sup>68</sup> ÍDEM, p. 40.

<sup>69</sup> ÍDEM, p. 41.

<sup>70</sup> Ver, por ej., DUBBER, Markus D., *The German Jury and the Metaphysical Volk: From Romantic Idealism to Nazi Ideology*, "American Journal of Comparative Law", 43, 1995, p. 227; FIELD, Stewart, *State, Citizen, and Character in French Criminal Process*, "Journal of Law & Society", 33, 2006, p. 522; LACEY, Nicola y ZEDNER, Lucia, *Community in German Criminal Justice: A Significant Absence?*, "Social & Legal Studies", 7, 1998, p. 7; ROSS, Jacqueline E., *The Place of Covert Surveillance en*

de raíz anglosajona y continental-europea habitualmente conduce a transformaciones sustanciales o al rechazo de la regla o institución trasplantada.<sup>71</sup>

Si bien el trabajo de Fortescue está ausente en los análisis de derecho comparado contemporáneos, *De Laudibus* realmente anticipó y abordó estas mismas cuestiones. Fortescue no fue el primero en analizar la existencia de posibles relaciones entre las leyes, el entorno y la sociedad.<sup>72</sup> Mas su contribución consistió, primero, en hacer del proceso legal y de la contraposición entre derecho continental-europeo y derecho común inglés el eje central y el cimiento de su análisis comparado y, luego, en conectar los procesos legales y la oposición entre derecho continental-europeo y derecho común inglés a los respectivos marcos contextuales y sociedades.

En el texto, una vez persuadido de que el proceso legal inglés es superior al proceso continental-europeo, el Príncipe se pregunta "... mucho por qué las leyes de Inglaterra, tan apropiadas y tan virtuosas, no son comunes a todo el mundo".<sup>73</sup>

El Canciller afirma que Inglaterra tiene el suelo, la flora, la fauna y la sociedad que hacen posible la existencia de un sistema de jurados eficaz y que estas condiciones no están presentes en ningún otro lugar. Con relación al suelo, la flora y la fauna, Fortescue dice:

"Inglaterra es realmente tan fértil, que, si se compara un área con otra área, supera a todas las demás tierras en la abundancia de sus productos. Es productiva por sí misma, apenas asistida por el trabajo del hombre, pues sus campos, llanuras, claros y bosquesillos abundan en vegetación,

---

*Democratic Societies: A Comparative Study of the United States and Germany*, "American Journal of Comparative Law", 55, 2007, p. 493; WHITMAN, James Q., *Equality in Criminal Law: The Two Divergent Western Roads*, "Journal of Legal Analysis", 1, 2009, p. 119; WHITMAN, James Q., *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity versus Liberty*, "Yale Law Journal", 113, 2004, p. 1151.

<sup>71</sup> Ver, por ej., DAMAŠKA, Mirjan, *The Uncertain Fate of Evidentiary Transplants: Anglo-American and Continental Experiments*, "American Journal of Comparative Law", 45, 1997, p. 839; KAHN-FREUND, Otto, *On Uses and Misuses of Comparative Law*, "Modern Law Review", 37, 1974, p. 1; LANGER, *Legal Translations*.

<sup>72</sup> Ver, por ej., ARISTÓTELES, *Politics* (traducido, con introducción y notas de C.D.C. Reeve), Hackett Publishing Company, 1998, p. 38 (donde se señala que, al dictar las leyes, el legislador debe tener en consideración el pueblo, el territorio, la magnitud de la propiedad y los territorios vecinos); p. 99 (donde se analiza qué tipos de pueblos se adecuan mejor a la monarquía, la aristocracia o la república); pp. 121-123 (donde se estudia qué tipo de gobierno es más beneficioso para cada clase de pueblo); p. 180 (donde se explica qué leyes son útiles para establecer un pueblo agricultor, que es el que hace posible la existencia de las mejores democracias); pp. 197-211 (donde se abordan las condiciones esenciales para la existencia de un Estado perfecto, incluidas las condiciones relativas a la población, el territorio, el acceso al mar y al agua y la ubicación geográfica).

<sup>73</sup> FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, p. 42.

con tantas riquezas, que frecuentemente rinden a sus dueños más cantidad de frutos no sembrados que las tierras labradas, a pesar de que aquéllos también son muy fértiles en cultivos y maíz... Más aún, en ese país, las pasturas están cerradas por zanjas y cercos y tienen árboles plantados, por medio de los cuales los rebaños y manadas son preservados del viento y del calor del sol, y la mayoría de aquéllas son irrigadas, de modo que los animales... no necesitan observación de día o de noche. Pues en ese territorio no hay lobos, osos ni leones, de modo que las ovejas yacen de noche en los campos sin guardias que protejan los cotos y apriscos, cuyas tierras están fertilizadas”.<sup>74</sup>

Fortescue expresa que este entorno ha llevado a los habitantes de Inglaterra a ser más íntegros y mejores investigadores y jueces que las gentes de otros países:

“Por lo tanto, los hombres de ese territorio [Inglaterra] no están muy agobiados por el sudor de su trabajo, de modo que viven más espiritualmente, como lo hicieron los antiguos padres, que preferían cuidar rebaños antes que distraer su tranquilidad con los cuidados de la agricultura. Por esta razón, los hombres de esa tierra son más aptos y están más dispuestos para hacer investigaciones sobre causas que requieren una examinación exhaustiva, que aquellos hombres que, inmersos en el trabajo agrícola, han adquirido una mentalidad rústica debido a su familiaridad con el suelo”.<sup>75</sup>

Según Fortescue, este entorno también ha creado un número más alto de propietarios de tierras y gente rica que puede desempeñarse como jurados y no puede corromperse fácilmente:

“... ese país se encuentra tan bien abastecido y repleto de poseedores de tierras y campos, que no es posible hallar ningún poblado en él, por pequeño que sea, donde no haya un caballero, escudero o señor...; o numerosos arrendatarios libres y muchos vasallos, con patrimonio suficiente como para formar un jurado... Más aún, hay varios vasallos en ese país que pueden gastar más de seiscientos escudos por año, de modo que los jurados allí a menudo están integrados, especialmente en casos importantes, por caballeros, escuderos y otros individuos, cuyos bienes exceden los dos mil escudos por año en total. Por lo tanto, es impensable que tales hombres podrían ser sobornados o estar dispuestos a faltar a su juramento, no sólo debido a su

---

<sup>74</sup> ÍDEM, p. 42.

<sup>75</sup> ÍDEM, pp. 42-43.

temor a Dios, sino, además, en razón de su honor y el escándalo que sobrevendría, y debido al daño que harían a sus herederos a través de su infamia”.<sup>76</sup>

Fortescue consideraba que estas condiciones no se hallaban presentes en otros países:

“Ninguno de los demás reinos del mundo... están preparados y habitados de esta manera. Pues, aunque allí existen hombres de gran poder, grandes riquezas y posesiones, sin embargo, ninguno de ellos vive cerca de otro, como tantos sí lo hacen en Inglaterra, ni tampoco existe, como puede encontrarse aquí, una abundancia tan considerable de herederos y poseedores de tierras... Pues, en esos otros países, casi en ninguna ciudad es posible hallar un hombre con patrimonio suficiente como para servir en un jurado. Pues, fuera de las ciudades y pueblos amurallados, es raro encontrar alguno, excepto los nobles, que posea campos u otros bienes raíces”.<sup>77</sup>

Dado que las condiciones que hacían posible el sistema de jurados estaban ausentes en otros sitios, Fortescue infería que el resto de los países no podían adoptar este sistema:

“¿Cómo, entonces, puede un jurado, en tales regiones, formarse con doce hombres honestos del vecindario donde el hecho es llevado a juicio, cuando aquellos que están separados por distancias tan grandes no pueden ser considerados vecinos? Sin dudas, allí los doce jurados serán hombres que viven muy alejados del lugar del hecho, si el imputado recusa sin causa a los treinta y cinco más cercanos. En consecuencia, en esos países sería necesario formar un jurado ya sea con personas tan alejadas del hecho controvertido, que no conocen la verdad acerca de aquél, o con hombres pobres que no tienen vergüenza de su infamia ni miedo a la pérdida de sus bienes, dado que no tienen ninguno, y están tan engeguecidos por su rústica ignorancia, que no pueden percibir claramente la verdad... Por ende, Príncipe, que no sorprenda si la ley bajo la cual la verdad es buscada en Inglaterra no es común a otras naciones, pues éstas no pueden, como Inglaterra, formar jurados similares, adecuados”.<sup>78</sup>

Como los demás países no podían importar con éxito el proceso legal inglés, el derecho continental-europeo sí era apropiado para ellos, aun si las leyes continental-europeas eran leyes inferiores a las de Inglaterra. El Príncipe dice:

---

<sup>76</sup> ÍDEM, p. 43. Ver también ÍDEM, p. 38.

<sup>77</sup> ÍDEM, p. 43.

<sup>78</sup> ÍDEM, p. 44.

“... en la comparación hecha por Usted, las leyes que rigen en el continente están libradas de toda culpa, por cuanto, a pesar de que Usted prefiere el derecho de Inglaterra sobre aquéllas, sin embargo no merecen rechazo, dado que Usted no ha descalificado a dichas leyes ni a sus autores, sino que únicamente ha demostrado que la tierra donde ellas rigen es la causa de que, en los litigios, la verdad no pueda ser establecida por medio de un procedimiento tan bueno como aquel que es regulado por el derecho de Inglaterra. No podemos discutir que la legislación de Inglaterra es, realmente, ... más adecuada para este reino que las leyes del continente y no tenemos ningún deseo de intercambiarla por éstas. No obstante, aun esta superioridad del derecho inglés no deriva de los defectos de la otra legislación, sino que proviene sólo de la fertilidad de Inglaterra”.<sup>79</sup>

El análisis de Fortescue sobre este asunto no pasó desapercibido. Por ejemplo, al comentar los orígenes del juicio por jurados, la muy influyente figura de Sir Edward Coke dijo, en referencia al *De Laudibus*:

“... para la excelencia... de esta clase de juicio, y por qué éste es apropiado sólo para el derecho común de Inglaterra, leer Juez *Fortescue*, cap. 25, 26, 27, 28, 29, 30, 31, 32 y ss., de los cuales, siendo dignos de estar escritos en letras de oro por su peso y sus méritos, no abreviaré ninguna parte, sino que remitiré al sabio Lector a la fuente misma”.<sup>80</sup>

## VII. Tipos de autoridad política y proceso legal, según Fortescue

Fortescue toca otro importante tema para los análisis y estudios comparados contemporáneos sobre el proceso penal, el de que existe un vínculo entre el tipo de autoridad política y el proceso legal. Los doctrinarios y los responsables de diseñar las políticas públicas han asumido que el sistema inquisitivo se relaciona con concepciones autoritarias o no liberales de la autoridad política y que el sistema acusatorio se liga con concepciones de tipo democrático o liberal.<sup>81</sup> Estas asunciones subyacen a las reformas procesales penales acusatorias que han sido introducidas por distintos Estados como parte de procesos de democratización post autoritarios.<sup>82</sup>

---

<sup>79</sup> ÍDEM, p. 44.

<sup>80</sup> Sir COKE, Edward, *Part Eight of the Reports. (Preface)*, en “The Selected Writings and Speeches of Sir Edward Coke”, I, Steve Sheppard ed., Indianapolis: Liberty Fund, 2003, pp. 244, 250.

<sup>81</sup> Ver, por ej., BINDER, *Justicia Penal*; DAMAŠKA, *Faces of Justice*; GOLDSTEIN, *Reflections on Two Models*; KAGAN, *Adversarial Legalism*; MAIER, *Derecho Procesal Penal*.

<sup>82</sup> Ver, por. ej., LANGER, *Revolution in Latin American Criminal Procedure*.

Fortescue no fue el primero en escribir acerca del vínculo existente entre el derecho y los tribunales y los diferentes tipos de autoridad política.<sup>83</sup> Su contribución consistió en articular una conexión específica entre el derecho continental-europeo y el derecho común inglés, los tipos de autoridad política y los procesos legales, que, de alguna manera, sobrevive hasta el día de hoy. Para explicar cómo Fortescue concebía esta relación, es necesario exponer, primero, la distinción que él hacía entre el dominio real y el dominio político.<sup>84</sup> Fortescue analizó estos dos tipos de autoridad política, primera y más detenidamente, en su libro *De Natura Legis Naturae* [*Sobre la Naturaleza de la Ley de la Naturaleza*].<sup>85</sup> Citando a Santo Tomás, escribe:

“Que quien obra tanto de conformidad a las leyes que él mismo dicta, como de acuerdo a su propia voluntad y gusto, es la cabeza de un gobierno regio; en cambio, aquel que gobierna a los ciudadanos conforme a las leyes que ellos han establecido es la cabeza de un gobierno político”.<sup>86</sup>

La diferencia entre dominio real y político refiere a la fuente de las leyes conforme a las cuales el gobernante ejerce su autoridad.<sup>87</sup> El gobernante real ejerce autoridad bajo el derecho que

---

<sup>83</sup> Ver, por ej., ARISTÓTELES, *Politics*, pp. 45-47 (donde se critica la reglamentación de los tribunales propuesta por Hipódamo de Mileto); p. 52 (donde se critica la constitución de Esparta porque los éforos se integran con las gentes más humildes, lo que desemboca en la corrupción); pp. 59-60 (donde se analizan diversas características de la constitución de Cartago en términos de aristocracia y oligarquía, incluido el modo de elección de las autoridades); p. 61 (donde se señala que Solón democratizó los tribunales al abrirlos a todos los ciudadanos); pp. 85 y 102-103 (las leyes necesariamente deben adecuarse al tipo de gobierno); pp. 112-113 (donde se estudia el papel del derecho en los diferentes tipos de democracias y oligarquías); pp. 123-124 (donde se tratan las diferentes maneras como se hallan regulados los tribunales en las democracias y en las oligarquías); pp. 132-133 (donde se clasifica a los tribunales en democráticos, oligárquicos y aristocráticos o republicanos, según la manera como están organizados); p. 170 (los tiranos deberían dejar lo relativo a la administración de los castigos a los magistrados inferiores y a los tribunales); p. 180 (en los pueblos agricultores, democráticos, es un principio excelente para todos los ciudadanos que puedan elegir y controlar a los magistrados e integrar los tribunales, pero es preferible que quienes ejercen las funciones más elevadas sean seleccionados de entre aquellos que tienen una determinada cantidad de riqueza); p. 183 (donde se tratan las leyes, los tribunales y las regulaciones de las demandas legales que son necesarias para preservar las democracias).

<sup>84</sup> Acerca de las diferentes traducciones posibles al inglés moderno del término “dominium”, ver BURNS, J.H., *Fortescue and the Political Theory of Dominion*, “The Historical Journal”, 28, 1985, pp. 777-778 (en adelante, *Political Theory of Dominion*).

<sup>85</sup> Reimpreso en latín e inglés en *The Works of Sir John Fortescue*, I, “Knight”, recopilado y ordenado por Thomas Fortescue Lord Clermon, London: Printed for Private Distribution, 1869, p. 205 (en adelante, *De Natura*). Salvo indicación en contrario, tomo de dicha traducción las citas del libro.

<sup>86</sup> FORTESCUE, *De Natura*, p. 205. Fortescue tomó estos conceptos de TOMÁS DE AQUINO, *On Princely Government* [*Del gobierno de los príncipes*] y GIL DE ROMA, *On Princely Government* [*De regimine principum*]. Ver BURNS, *Political Theory of Dominion*, pp. 779-780 y las notas de Lockwood a *On the Laws and Governance of England*, Shelley Lockwood ed., 1997 (en adelante, *Notes*), p. 128. Fortescue desarrolló estos conceptos en un tercer libro, *The Governance of England*, originalmente escrito en inglés. Ver Sir FORTESCUE, John, *The Governance of England*, Charles Plummer ed., 1885. Para una edición reciente de este libro, ver Sir FORTESCUE, John, *On the Laws and Governance of England*, Lockwood ed., Cambridge University Press, 1997, p. 83.

él mismo ha establecido, mientras que el gobernante político ejerce autoridad bajo el derecho que los ciudadanos han establecido.

Fortescue sostuvo reiteradamente que los gobernantes de carácter político o real tienen igual poder,<sup>88</sup> aun si "... es diferente la autoridad que ejercen sobre sus súbditos".<sup>89</sup> En los gobiernos de tipo real, "... hombres destacados por su poder, ambiciosos de grandeza y gloria, subyugaron a las poblaciones vecinas, a menudo por la fuerza, y las obligaron a servirles y a someterse a sus órdenes, que, con el tiempo, ellos mismos sancionaron como leyes para esas gentes".<sup>90</sup> En esta clase de monarquías, el "... reino... es constituido exclusivamente por medio de la autoridad y poder del rey, puesto que el pueblo no está sometido a él por ninguna clase de acuerdo más que el de obedecer y estar sujeto a sus leyes, que son la voluntad de aquél en virtud de cuyo antojo y voluntad el pueblo es convertido en reino".<sup>91</sup>

Por lo contrario, en los estados políticos, aquel "... rey que es la cabeza del cuerpo político no está facultado a modificar las leyes de este cuerpo político o a privar a ese pueblo de su propia esencia sin su autorización o contra su voluntad".<sup>92</sup> Un gobernante de carácter político "sirve a la protección de las leyes, los ciudadanos, la seguridad física y los bienes de estos últimos, y dispone del poder, emanado del pueblo, necesario para ese fin, de modo que no le está permitido gobernar a su pueblo mediante ningún otro poder".<sup>93</sup>

Fortescue explica que el dominio político es preferible al dominio real porque conduce a mejores resultados para los gobernados y los gobernantes:

"... un gobernante es libre y poderoso cuando está en condiciones de defender su pueblo contra los enemigos extranjeros y nativos, como así también, los bienes y la propiedad de sus gentes, no sólo contra la rapiña de sus vecinos y conciudadanos, sino también contra su propia tiranía y la expoliación que él mismo pudiera provocar, aun cuando sus propias pasiones y necesidades bregaran por lo contrario. Pues, ¿quién puede ser más libre y poderoso que aquél que puede vencer no sólo a terceros sino también a sí mismo? Aquél que gobierna políticamente puede

---

<sup>87</sup> BURNS, *Political Theory of Dominion*, p. 778.

<sup>88</sup> Ver, por ej., FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, pp. 18, 23.

<sup>89</sup> ÍDEM, pp. 18-19.

<sup>90</sup> ÍDEM, p. 19.

<sup>91</sup> ÍDEM, p. 23.

<sup>92</sup> ÍDEM, p. 21.

<sup>93</sup> ÍDEM, p. 22.

hacer esto y siempre lo hace. Por lo tanto, Príncipe, es evidente, ante los efectos prácticos, que vuestros ancestros, que buscaron dejar de lado al gobierno político, no sólo no habrían podido obtener, como lo deseaban, mayor poder que el que tenían, sino que habrían expuesto su propio bienestar y el bienestar de su reino a un riesgo y peligro mayores”.<sup>94</sup>

En *De Natura*, Fortescue explica que el reino de Inglaterra es de carácter tanto político como real,<sup>95</sup> pues “... los reyes no dictan ninguna ley ni imponen contribuciones a sus súbditos sin el consentimiento de los Tres Estamentos del reino... Esta forma de gobierno no puede ser denominada *política*, es decir, regida mediante una administración a cargo de muchos, y tampoco merece ser llamada un gobierno de tipo *real*, cuando los propios ciudadanos no pueden crear leyes sin la autoridad del soberano, y el reino, estando sujeto a la prerrogativa del monarca, se encuentra en poder, sucesivamente, de los reyes y sus herederos por derecho de sucesión, de tal manera que ningún dominio es ejercido sólo políticamente”.<sup>96</sup>

Fortescue describe varias consecuencias legales de la distinción entre dominio político y dominio real.<sup>97</sup> Una de estas consecuencias consiste, como hemos visto, en que el rey de Inglaterra no podía reemplazar el derecho común de ese país por el derecho continental. Dado que Inglaterra tenía un gobierno mixto, político y real, el rey de Inglaterra “... no está facultado a modificar las leyes de su reino a su antojo, pues gobierna para su pueblo con un gobierno de carácter no sólo real, sino también político... [y]... no está habilitado por sí mismo a alterar las leyes sin el consentimiento de sus súbditos ni a cargar a éstos con extrañas imposiciones contrarias

---

<sup>94</sup> ÍDEM, pp. 53-54.

<sup>95</sup> Acerca del debate sobre el origen de esta tercera categoría, “dominio político y real”, ver, por ej., BURNS, *Political Theory of Dominion*, pp. 779-780; CHRIMES, S.B., *Introduction, Sir John Fortescue, De Laudibus Legal Angliae*, xciv-xcv, S.B. Chrimes ed. y trad., Cambridge at the University Press, 1949 (en adelante, *Introduction*); GILBERT, Felix, *Sir John Fortescue's 'dominium regale et politicum'*, “Medievalia et Humanistica”, 11, 1944, p. 88 (en adelante, *Dominium regale et politicum*).

<sup>96</sup> FORTESCUE, *De Natura*, pp. 205-206. Acerca de la ventaja o necesidad de gobernar tanto en forma política como real, ver ÍDEM, pp. 214-216. Acerca de la manera como habría evolucionado el uso que Fortescue hizo de la expresión “dominium regale et politicum”, desde *De Natura* hasta *De Laudibus* y *The Governance of England*, ver GILBERT, *Dominium regale et politicum*.

<sup>97</sup> Acerca del vínculo existente entre derecho y dominio en Fortescue, ver, por ej., BURNS, *Political Theory of Dominion*. Sobre la concepción de Fortescue acerca del derecho, ver DOE, Norman, *Fifteenth-Century Concepts of Law: Fortescue and Pecock*, “History of Political Thought”, X, 1989, p. 257. Para un análisis del trabajo de Fortescue dentro de un marco de estudio más general acerca de las concepciones del *common law*, ver TUBBS, J. W., *The Common Law Mind. Medieval and Early Modern Conceptions*, The John Hopkins University Press, 2000.

a su voluntad, de modo que, regidos por las leyes que ellos mismos desean, disfrutan libremente de sus bienes y no son despojados de ellos ni por su rey ni por nadie”.<sup>98</sup>

De la distinción entre autoridad real y autoridad real y política, Fortescue también infiere que la ley es necesaria para prevenir la tiranía. Indica que el “pueblo vive a gusto de la misma manera bajo el mando de un rey que gobierna sólo en forma monárquica, siempre que aquél no se degenera y se convierta en un tirano. Acerca de un rey tal, el Filósofo dice... que ‘Para una ciudad, es preferible ser gobernada por el mejor hombre que por la mejor ley’. ... Pero, dado que no siempre son así todos los hombres que lideran pueblos, se atribuye a Santo Tomás haber deseado que un reino esté constituido de tal forma que el rey no pueda tener la libertad de dirigir a su pueblo tiránicamente, lo que sólo puede suceder cuando el poder real es limitado por el derecho político. El buen Príncipe puede alegrarse, entonces, porque tal es la ley del reino que será heredado por Usted, ya que aquélla proveerá no poca seguridad y bienestar para Usted y para el pueblo”.<sup>99</sup>

Fortescue explica que en los reinos de carácter político y real, como Inglaterra, “... incluso todos los jueces del reino están obligados, en virtud de su juramento, a no dictar pronunciamientos contrarios a las leyes del lugar (*leges terre*), aun cuando reciban del príncipe órdenes en sentido opuesto”.<sup>100</sup>

La tercera consecuencia consiste en que los gobiernos de carácter real sancionan leyes en interés de quien las dicta, mientras que los gobiernos de carácter político dictan leyes en interés del pueblo. Esto es cierto porque, en aquellos reinos en los que las leyes emanan de la sola voluntad del príncipe, “... es habitual que las leyes garanticen ventajas a su autor, redundando, así, en detrimento y en la ruina de los ciudadanos”.<sup>101</sup>

En cambio, las leyes en Inglaterra “... son creadas no sólo por voluntad del príncipe, sino también con el consentimiento de todo el pueblo, de modo que no pueden ser perniciosas ni dejar de asegurar el beneficio para los ciudadanos. Más aun, hay que dar por supuesto que, necesariamente, aquéllas rebosan de prudencia y sabiduría, dado que son dictadas gracias a la

---

<sup>98</sup> FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, p. 17.

<sup>99</sup> ÍDEM, pp. 17-18.

<sup>100</sup> FORTESCUE, *On the Nature of the Law of Nature*, en *On the Laws and Governance of England*, Lockwood ed., Cambridge University Press, 1997, p. 128. Aquí he preferido la versión de Lockwood, ligeramente modificada, del texto de Fortescue, *De Natura*, p. 205.

<sup>101</sup> FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, p. 27.

prudencia ni de sólo uno ni de cien asesores, sino de más de trescientos hombres elegidos... Y si las leyes sancionadas con semejante solemnidad y cuidado no logran materializar con plenitud la intención de quienes las dictaron, pueden ser rápidamente revisadas y, aun así, no sin el consentimiento de los comunes y los nobles del país, en la forma en que fueron creadas en primer lugar”.<sup>102</sup>

Una última consecuencia legal radica en que los diferentes tipos de dominio tendrían diferentes procesos legales, pues, en los gobiernos de carácter real, el debido proceso<sup>103</sup> a menudo no es observado. Con relación al gobierno de Francia, de carácter real, Fortescue dice:

“Si alguien... es acusado de un delito, aun por sus enemigos, esa persona no siempre es llamada para comparecer ante un juez común. En cambio, con frecuencia es examinada en el despacho del príncipe o en otro sitio privado, de hecho, a veces sólo a través de emisarios, y ni bien es declarado culpable, sobre la base de la información brindada por terceros y de acuerdo con el entendimiento del rey, es despojado de sus bienes sin ninguna forma de juicio, arrojado de noche al río por los ministros de los funcionarios reales (*ministers of the provosts of the marshalls*) y ahogado. Ha oído Usted que muchos más hombres son los que mueren de esta manera que los que son condenados en el marco del debido proceso. Aun así, de conformidad con el derecho continental europeo, aquello que place al príncipe tiene fuerza de ley”.<sup>104</sup>

Por lo contrario, en Inglaterra, un país con un gobierno mixto, político y real, los habitantes “... no pueden ser llevados a juicio salvo ante los tribunales comunes, donde son tratados con justicia de acuerdo a la ley del lugar. Tampoco pueden ser examinados o perseguidos con relación a sus bienes o posesiones, ni arrestados por ningún delito, cualquiera sea su importancia y gravedad, excepto que ello sea conforme a las leyes del lugar y ocurra ante aquellos jueces”.<sup>105</sup>

En otras palabras, según Fortescue, el dominio inglés, de tipo político y legal, no eludía el debido proceso, mientras que los gobiernos de tipo real que aplicaban el derecho continental-europeo, como era el caso de Francia, sí lo hacían. Generaciones posteriores de abogados, de

---

<sup>102</sup> ÍDEM, pp. 27-28.

<sup>103</sup> La oración original, en latín, que incluye la expresión que fue traducida tanto por Chrimes, como por Lockwood, como “debido proceso” [*due process*] dice: “... qualiter et mori audivisti majorem multo numerum hominum quam qui legitimo processu juris convicti extiterunt...” [bastardillas añadidas al original]. Ver Chancellor Sir FORTESCUE, John, *De Laudibus Legum Angliae. A Treatise in Commendation of the Laws of England*, con traducción de Francis Gregor y notas de Andrew Amos, Cincinnati: Robert Clarke and Co., 1874, p. 266.

<sup>104</sup> FORTESCUE, *In Praise of the Laws of England*, p. 51.

<sup>105</sup> ÍDEM, pp. 52-53.

operadores responsables de diseñar políticas públicas y de estudiosos se basarían en las reflexiones de Fortescue acerca de estas cuestiones.<sup>106</sup>

### VIII. Hacia una utilización de Fortescue: algunas derivaciones preliminares

La historia intelectual o genealogía de los sistemas acusatorio e inquisitivo y del derecho procesal penal comparado, y el papel que Sir John Fortescue tuvo en ello, puede ser cautivante por sí misma para cualquiera que esté interesado en estos sistemas y en este campo o, de manera más general, en la historia intelectual del derecho.

Escribir esta historia intelectual o genealogía también podría abrir nuevos caminos para el derecho procesal penal comparado, pues revela el carácter histórico y contingente del modo como los contemporáneos predominantemente conciben la comparación de los procesos penales. La historización de esta disciplina sugiere que podrían existir formas alternativas, aún no exploradas o no suficientemente exploradas, de pensar sobre y analizar esta materia.

Traer a la luz el trabajo de una figura como Fortescue también nos empuja a detenernos y reflexionar acerca del derecho procesal penal comparado contemporáneo. Dentro de los límites del objeto de este artículo, apenas puedo señalar brevemente algunas de las maneras posibles de reflexionar sobre el trabajo de Fortescue a partir de las secciones precedentes.

En primer lugar, si bien no sería adecuado caracterizar a *De Laudibus* meramente como propaganda, el trabajo de Fortescue ilustra los riesgos de confundir los niveles descriptivo y normativo en los análisis comparados de los procesos penales.<sup>107</sup> Como hemos visto, ese trabajo

---

<sup>106</sup> Ver, por ej., CHRISTIANSON, Paul, *John Selden, the Five Knights Case, and Discretionary Imprisonment in Early Stuart England*, “Criminal Justice History”, 6, 1985, pp. 65, 67 (donde se explica cómo John Selden, John Bramston y Henry Calthorp se basaron en la concepción que Fortescue tenía de la monarquía inglesa, como *dominium politicum et regale*, para cuestionar el encarcelamiento como facultad discrecional del rey).

<sup>107</sup> Los estudios que Fortescue dedicó a las contiendas por la sucesión al trono entre las casas de Lancaster y York han sido tildados de propaganda política. Gill caracterizó de esta manera a seis de esos trabajos, fundándose en que “Fortescue no ignoraba la debilidad de la defensa que hacía de los reclamos hereditarios de los Lancaster; y..., en consecuencia, tenía pocas esperanzas de convencer a los doctrinarios de su tiempo, de modo que, antes bien, dirigía sus polémicos escritos al ‘pueblo’”. Ver GILL, Paul E., *Politics and Propaganda in Fifteenth Century England: The Polemical Writings of Sir John Fortescue*, “Speculum”, 46, 1971, pp. 333, 338. Después de la muerte de Enrique VI y la de su hijo, Eduardo IV forzó a Fortescue a refutar sus tesis anteriores, favorables a la casa de Lancaster. Así lo hizo Fortescue en *Declaracion Upon Certayn Wrytinges Sent Oute of Scotteland Ayenst the Kinges Title to the Roialme of England*. Gill sostiene que “la facilidad con la que pudo refutar sus anteriores desarrollos en la poco sofisticada *Declaracion* brinda al lector la impresión de que Fortescue ya había anticipado el reverso de cada uno de sus argumentos al escribirlos”. *Id.*, p. 338. Sin embargo, *De Laudibus* no fue uno de esos trabajos; no tenía por objeto las controversias por la sucesión y no poseía el carácter instrumental típico de los

puede ser interpretado como un intento de ofrecer un argumento normativo de tipo nacionalista sobre la superioridad del derecho común inglés respecto del derecho continental-europeo. Aparece la cuestión, entonces, acerca de si ese impulso normativo distorsionó su comparación descriptiva de los dos sistemas. ¿Contraponer el juicio por testigos y el juicio por jurados era, en su época, la mejor o la única manera de describir las diferencias existentes entre los procesos legales regidos por el derecho continental-europeo y el derecho común inglés? ¿O se trataba de una caricatura simplificada que le permitió a Fortescue desarrollar fácilmente su argumento normativo? ¿En tiempos de Fortescue, el proceso legal del continente tenía aspectos positivos? ¿Por qué Fortescue no analizó otras diferencias entre el derecho continental-europeo y el derecho común inglés de su tiempo, como, por ejemplo, entre persecución pública y persecución privada, o entre jueces profesionales y jueces legos? ¿No había nada que decir sobre las semejanzas existentes sobre el proceso legal entre ambas tradiciones? ¿Acaso Fortescue prescindió de ellas porque estaba intentando presentar su argumento normativo de modo que favoreciera al derecho común inglés?

Dado que un número de jueces, responsables de las políticas públicas y doctrinarios aún están impulsados, en gran medida, por argumentos normativos en sus descripciones comparativas de los procesos penales, estas preguntas están dirigidas no sólo a Fortescue, sino también a los actores contemporáneos. Por ejemplo, ¿los análisis impulsados por argumentos normativos han conducido a simplificaciones problemáticas y a incurrir en omisiones en el análisis descriptivo del derecho procesal penal comparado contemporáneo? ¿Cuál es el valor descriptivo y normativo, si lo tienen, de los sistemas acusatorio e inquisitivo como categorías dirigidas a captar las diferencias entre el derecho continental-europeo y el derecho anglosajón? ¿Qué características quedan sin ser aprehendidas por estas categorías? ¿Qué otras maneras alternativas hay de reflexionar acerca de las diferencias existentes entre los procesos penales de distintas jurisdicciones? ¿Qué similitudes importantes sobre el proceso penal se encuentran ausentes en los estudios de derecho procesal penal comparado y cómo deberíamos pensar sobre estas similitudes?<sup>108</sup>

En segundo término, Fortescue sostenía que el proceso legal inglés conducía a conclusiones más precisas que el proceso legal del continente porque estaba dotado de reglas en materia probatoria más flexibles y porque sus jueces estaban más instruidos y eran menos corruptibles.

---

trabajos referidos a esa contienda. Por lo tanto, sería inexacto considerarlo simplemente un discurso de propaganda, aun cuando estuviera basado en argumentos normativos y nacionalistas.

<sup>108</sup> Para un breve intento de responder algunos de estos interrogantes, ver LANGER, *Strength, Weakness or Both?*; y LANGER, *The Long Shadow*.

Con independencia del grado de exactitud que pudiera revestir la descripción realizada por Fortescue, ¿podría su trabajo facilitar la comprensión de los estudios contemporáneos dedicados al análisis de condenas erróneas? ¿Los antecedentes y el modo de selección de los investigadores y jueces afectan la exactitud de sus conclusiones y resoluciones penales? ¿Qué variables o herramientas teóricas, más allá de los sistemas acusatorio e inquisitivo, y las categorías derecho anglosajón y derecho continental-europeo, serían necesarias para comparar la calidad de los investigadores y jueces en las diferentes administraciones de justicia penal?

En tercer lugar, mientras que los trabajos contemporáneos que versan sobre la importación de sistemas legales tienden a concentrarse en el contexto institucional en el que operan las reglas de derecho y las prácticas jurídicas, el análisis que Fortescue desarrolló acerca de esta materia prestó mayor atención a las diferencias más amplias entre las sociedades y el entorno en donde operan las distintas jurisdicciones. ¿Los estudios contemporáneos deberían prestar más atención a estas diferencias sociales y contextuales más generales? ¿Este tipo de diferencias podría contribuir a explicar, por ejemplo, los desafíos que las reformas procesales penales enfrentan para avanzar sus objetivos en los países en desarrollo?

Finalmente, mientras que suele entenderse que la democracia y el debido proceso se hallan en tensión recíproca, Fortescue sugirió que el gobierno que se basa en el consentimiento popular y el debido proceso se refuerzan mutuamente.<sup>109</sup> ¿Cómo deberíamos entender esta última afirmación? Cualquiera sea nuestra interpretación, ¿la aserción sería verdadera desde una perspectiva empírica? ¿Podría este análisis brindar un punto de partida para repensar la relación existente entre la democracia y el debido proceso desde una perspectiva teórica o, al menos, algunas pistas para hacerlo? A pesar de que han existido algunos estudios procesales penales comparados sobre el impacto de los derechos humanos sobre el proceso penal,<sup>110</sup> este tipo de

---

<sup>109</sup> No estoy sugiriendo que Fortescue fuera un teórico de la democracia o incluso de la monarquía constitucional. Dentro de la literatura relativa a este autor, tanto McIlwain como Chimes cuestionaron la interpretación que Plummer hizo de Fortescue como un teórico de la monarquía constitucional. Ver PLUMMER, Charles, *Introduction*, en *Sir John Fortescue, The Governance of England*, Charles Plummer ed., 1885; CHRIMES, Stanley B., *English Constitutional Ideas in the Fifteenth Century*, Cambridge, 1936; MCILWAIN, *Political Thought*. No me es posible abordar este debate en el presente artículo. De todos modos, cualquiera sea la posición que uno adopte al respecto, no puede cuestionarse que el consenso popular jugaba un importante papel en la concepción que Fortescue tenía de Inglaterra como un dominio político y real. Para un análisis crítico de la controversia acerca de cuál sería la mejor manera de caracterizar la teoría política de Fortescue y el rol que el consenso habría tenido en ella, incluido un posible uso indebido de su trabajo por parte de los historiadores *whig* y otros doctrinarios, ver SOBECKI, *Unwritten Verities*, pp. 70-101.

<sup>110</sup> JACKSON, *The Effect of Human Rights; Criminal Evidence and Human Rights*, Paul Roberts y Jill Hunter eds., 2012, donde se trata el impacto de los derechos humanos en una amplia gama de jurisdicciones del *common law*.

preguntas han sido, en buena medida, inexploradas. Fortescue no fue un teórico de la democracia o de los derechos humanos. Pero sus análisis podrían proveer elementos para analizar estas preguntas.

## IX. Conclusión

En este artículo intenté demostrar que *De Laudibus Legum Angliae*, de Sir John Fortescue, es uno de los orígenes intelectuales del derecho procesal penal comparado moderno y de la contraposición central, de la que éste se sirve, entre sistema acusatorio/derecho anglosajón y sistema inquisitivo/derecho continental-europeo. Al igual que un sustancial número de estudios comparados actuales sobre los procesos penales, *De Laudibus* se basó en la distinción existente entre derecho continental-europeo y derecho anglosajón, ofreció ciertas categorías para captar las diferencias entre los procesos penales de estas tradiciones, asoció estas diferencias con características específicas de las sociedades inglesa y continental, analizó la viabilidad de trasplantar instituciones legales, abogó por la superioridad de una de estas tradiciones jurídicas afirmando que su proceso penal era más fiable y humano, y sostuvo que existía un vínculo entre tipos de autoridad política y el proceso penal en las tradiciones continental e inglesa.

Sacar a la luz estos orígenes intelectuales y escribir una genealogía del derecho procesal penal comparado pone de manifiesto que este campo es una construcción histórica y contingente y puede abrir nuevos caminos para pensar y analizar el proceso penal desde una perspectiva global.