

DERECHO  
PRINCIPIOS GENERALES  
DERECHO ROMANO

ESTUDIO SOBRE

# Principios Generales y Derecho Romano

VOLUMEN 1

Cynthia Paola Acosta  
Gabriela Marta  
Alonsopérez  
Mirta Beatriz Álvarez  
María Elena Bazán  
Daniel Bonjour  
Emiliano J. Buis  
Andrea Costa  
Sebastián Cuenca  
Susana Isabel Estrada  
María Cristina Filippi  
Yamila Fuentes Francis  
Juan Carlos Ghirardi

Germán Giarocco  
Norma Alicia Juárez  
Favio Leonetti  
Luis Aníbal Maggio  
Gastón L. Medina  
Elvira Méndez Chang  
Laura Lilliana Micieli  
Marilina Andrea Miceli  
Patricia Silvina Mora  
Noelia Morchio  
Gabriela Victoria Morel  
Grecia Sofía Munive  
García

Alfonso Murillo Villar  
Leticia Núñez  
Soledad Andrea  
Peralta  
Norberto Darío Rinaldi  
Julieta Salomé  
Rodríguez  
Luis Rodríguez Ennes  
Mariana Verónica  
Sconda  
Giselle Trupia Verón  
Francisco Valenzuela  
Aránguiz  
Adrián Gustavo Vedia

**UFLO**  
UNIVERSIDAD

# Foucault y las formas jurídicas

---

Por Luis Aníbal Maggio<sup>508</sup>

## Resumen

En su obra *La verdad y las formas jurídicas*, el célebre Michael Foucault, en una serie de conferencias dictadas en Río de Janeiro y con el propósito de fundamentar su tesis en el sentido de que en todas las formas jurídicas subyace una relación de poder que las genera y explica, realiza algunas afirmaciones referentes a la historia del derecho en la Edad Media, en su visión “esencialmente germánico” y basado en el “sistema de la prueba”. Por ejemplo, que la “indagación” como búsqueda de la “verdad jurídica” por medios críticos empíricos y racionales, fue olvidada y apareció como una extraordinaria “invención” recién a mediados del siglo XII, al igual que la “infracción” y las “multas”. Que no existió hasta entonces ni un Poder Judicial ni la sentencia y los

---

<sup>508</sup> Abogado. Profesor consulto de Derecho Romano (Universidad de Morón) y titular de Filosofía del Derecho (UCES). Miembro de ADRA.

representantes del Estado fueron meros espectadores de los procesos privados. Asertos tales no deberían ser de recibo acrítico para quienes al menos aspiren a ser estudiosos del derecho romano y su dilatada historia, bajo cuya luz pueden ser reciamente refutados.

**Palabras clave:** indagación; derecho germánico; prueba; invasiones bárbaras.

*La verdad y las formas jurídicas*,<sup>509</sup> libro muy leído, comentado y recomendado como lectura de culto en las facultades de derecho y de ciencias sociales, consta de cinco conferencias del célebre Michael Foucault en dictadas Rio de Janeiro en 1973. Se propone demostrar “cómo ciertas formas de la verdad pueden ser definidas a partir de la práctica penal” (p. 18), centrándose en la “indagación” que, según su tesis, responde a la dinámica de los factores económicos en cuyo juego subyace siempre una relación de saber-poder. La indagación es pues una “forma política” (p. 87).

Había elaborado un trabajo mucho más extenso procurando advertir y demostrar que en dicha obra el autor incurre en omisiones y tergiversaciones varias sobre el derecho romano, algunas presumiblemente no involuntarias, que no debieran dejar de preocupar a los estudiosos romanistas, y remití antes de la iniciación del Congreso. Con posterioridad recibo unas instrucciones formales, que no sabría si denominar neolecho de Procusto o “navaja” de la Dra. Mariana Sconda –una de las organizadoras del Congreso– para la presentación de los trabajos, reduciendo su extensión máxima a 20 carillas. Me he visto pues en la

---

<sup>509</sup> FOUCAULT, M. (1984). *La verdad y las formas jurídicas*. México: Gedisa.

tarea desesperada de intentar una ajustada síntesis en detrimento de una mejor exposición y fundamentación que, entiendo, contenía el proyecto original.

No será materia de este análisis la conferencia primera, que versa sobre la “reelaboración de la teoría del sujeto”, ni la cuarta y quinta sobre la evolución de la indagación como forma general del saber-poder luego de su “invención” (sic) en el siglo XII. Me ocuparé de las conferencias segunda y tercera, centradas en el *nacimiento* de la indagación en Grecia y su desarrollo hasta mediados de dicho siglo.

Tampoco hace al objeto de este estudio analizar las tesis de Foucault en el sentido de que la formación de los modelos de verdad “es el producto de las estructuras políticas que no se imponen desde el exterior al sujeto de conocimiento sino que son ellas mismas constitutivas de éste”, que “la indagación es una forma política”, que “detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder”, de modo que “solo los juegos de fuerza política de las relaciones de poder pueden explicar las razones del surgimiento de la indagación” y otras ideas similares. No es de mi competencia, e incluso hasta podría simpatizar al menos con alguna de ellas. Por otra parte, la tesis central, al menos desde Nietzsche, no es muy original. Ya Spengler había sentenciado:

Gran error es creer que pueda existir un derecho, en general, flotando, por así decir, sobre las cosas, independiente de los intereses político-económicos (...). Todo derecho encierra en forma reducida la imagen de su creador, y toda imagen histórica contiene una tendencia política económica, que no depende de tales o cuales ideas teóricas, sino de la voluntad práctica de la clase que tiene el poder efectivo, y, por tanto, crea el derecho.<sup>510</sup>

Lamento especialmente tener que hacer un mero sobrevuelo sobre las

---

<sup>510</sup> SPENGLER, O. (1976). *La decadencia de Occidente*. Tomo 2. Madrid: Espasa-Calpe, cap. I, p. 15.

dos conferencias abordadas, en las que el autor despliega una seductora narrativa que lo muestra como un eximio prestidigitador discursivo. En la segunda, se aparta de la versión corriente del *Edipo Rey* y sigue la del *Antiedipo* de Deleuze y Guattari, para quienes Edipo es un instrumento de poder y su complejo no ocurre a nivel individual sino colectivo. En esta tragedia el autor encuentra “el primer testimonio que tenemos de las prácticas judiciales griegas” arcaicas, a las que mucho se parece el primitivo derecho germánico, en la disputa entre Antíloco y Menelao narrado en la *Ilíada*.<sup>511</sup> La solución del entuerto se difiere al *juramento* de Antíloco exigido por Menelao, donde opera el “mecanismo de la prueba”. El “mecanismo de la verdad”, en cambio, obedece a una especie de *ley de las mitades* (*symbolon*), que se ajustan y ensamblan progresivamente de modo que se van aproximando a una cierta evidencia por una especie de rodeo o espiral. Foucault observa este proceso en los dichos de los personajes, desde Apolo hasta Tiresias, pero para saber realmente quién mató a Layo hace falta una prueba, un *testimonio* concreto que encuentra en la tercera conferencia con el producido por el pastor que asegura haber entregado el niño, hijo de Yocasta según le habían dicho, a Polibio. Hay pues un *testigo* de la entrega del niño y, aunque falta saber si era ella la que lo había entregado, el ciclo se cierra. El niño fue entregado y no era hijo de Polibio; al ser Edipo hijo de Yocasta, lo es también de Layo, su esposo. Edipo, creyendo ser hijo de Polibio, regresa a Tebas para escapar de la profecía y en la encrucijada de tres caminos mató a un hombre: Layo, su padre. Por acoplamiento de mitades o verdades parciales, se llega al conocimiento del hecho y su autor, pudiendo observarse dos niveles: el primero –Apolo-Tiresias– es el de la profecía o los dioses mirada eterna, iluminadora, fulgurante; el segundo, el del *testimonio* determinante de los pastores. Este tipo de indagación de la verdad por testimonio *nacido* en Grecia, “resurge en los siglos XII y XIII”, *pero* “es sin embargo de un tipo bastante diferente

---

<sup>511</sup> Canto XXIII.

de aquel que viéramos como ejemplo en Edipo” (p. 73). Veremos más adelante que el tal resurgimiento, calificado otras veces por el autor de formidable “invento”, no fue tan novedoso como se lo pinta.

## II

El derecho germánico, dice Foucault, era muy similar al derecho griego y estaba sustentado en el “mecanismo de la prueba”, en el que no importaba la verdad o falsedad sino el resultado de un hecho determinante (juramento, ordalías, combates) al que el ofendido sometía al ofensor. No existía la “indagación”, que define como conocimiento por *testimonio y recuerdos* de tercer nivel (los dos primeros fueron el filosófico y el retórico) originado en la Grecia del siglo V a. C. Este conocimiento cae en el olvido con el fin del Imperio romano (476 d. C.), cuando los pueblos invasores implantan el derecho germánico en el que tampoco existía otra serie de instituciones que se verán infra (VI). Con el imperio merovingio y especialmente el carolingio, se restauran algunas “antiguas reglas del derecho romano”, “viejo derecho de Estado” (págs. 75 y 68), pero con la extinción de este reinado, el derecho germánico y su sistema de la prueba entran en pleno vigor en la sociedad feudal “esencialmente germánica” hasta mediados del siglo XII, donde ocurre un acontecimiento extraordinario: la “gran invención” de la olvidada indagación oriunda de Grecia, pero de un tipo, como se dijo, diferente. Subdividiré este desarrollo temporal en tres partes para su mejor comprensión: a) Desde el nacimiento de la indagación en Grecia (siglo V a. C.) hasta la caída del Imperio romano de Occidente (476 p. C.); b) Desde esos momentos hasta la extinción del reinado carolingio (siglo IX); y c) La entrada en la supuesta edad de las tinieblas hasta el “descubrimiento” (sic) de dicha forma de búsqueda de la verdad.

La comunicación pretende demostrar que “*ubicumque*” haya permanecido siquiera algunos vestigios de cultura jurídica romana, en forma

pura o en formas romano-bárbaras, e incluso en las mismas leyes y prácticas germanas, la búsqueda de la verdad por medios empíricos y/o racionales, la *indagación* (*indagatio-inquisitio*) recorre con altibajos el curso de la historia de las formas jurídicas. No desapareció ni fue “inventada” en el siglo XII, ni la inventada es muy diferente o novedosa.

### III

#### Primer período

La indagación nacida en Grecia, dice el autor, “quedó oculta después de la caída del Imperio romano” (pág. 73), “permaneció olvidada y se perdió”, hasta finales del siglo XII. Si Grecia había sido conquistada por Roma en el siglo II d. C., cabe preguntarse qué indagación fue la que subsistió en los procedimientos judiciales hasta la invasión bárbara. Por lo que se sabe, Grecia “introdujo las ciencias y las artes en la rústica Roma”, pero Roma fue imponiendo su derecho en Oriente y Occidente. De los procedimientos griegos, el autor solo nos refiere la indagación de la verdad por testimonios y recuerdos y nosotros (al menos quien suscribe) poco sabemos, pero quizá sea oportuno recordar otra vez a Spengler: “No se advierte pues suficientemente que en la relación entre el derecho griego y el derecho romano no hay contigüidad, sino sucesión. El derecho romano es más joven; presupone los otros con sus dilatadas experiencias”.<sup>512</sup> Los procedimientos romanos no le merecen atención alguna, y los pasa por alto como si calzara las botas de siete leguas, cuando es sabido que sus formas inquisitivas modelaron la cultura europea desde sus orígenes y sus instituciones perfeccionaron los recursos de la

---

<sup>512</sup> SPENGLER, *op. cit.* Tomo 2, Cap. II, p. 13.

indagación en busca de la verdad jurídica con un sistema probatorio que perdura hasta nuestros días. Quien estudia derecho procesal civil o penal romano y derecho procesal moderno comprueba que prácticamente estamos utilizando el mismo caudal de medios probatorios que emplearon los romanos dejando un legado impercedero. Confesión, *testimonios*, documentos, pericias, indicios, que razonablemente llevan al descubrimiento de la verdad jurídica según los casos.<sup>513</sup> Salvo el perfeccionamiento que ofrecen los adelantos científicos y técnicos modernos (genética, informática, etc.) prácticamente no existen hoy otros medios de búsqueda y prueba (*indagación*) de la verdad jurídica. Foucault guarda aquí sigilosa abstención sobre el sistema de búsqueda y prueba de la verdad en derecho romano que rigiera en el continente europeo, por lo menos desde la conquista de Grecia (146 a. C.). Y más adelante le atribuye gran parte de la “revolución” del siglo XII, en la que habría resurgido, en algunos aspectos diferente de la griega, al “procurador del Rey”, figura que “no tiene precedentes en el derecho romano” (pág. 75). A nuestro modesto entender, queda en evidencia una deliberada actitud de desvalorización y ninguneo de Foucault para con el derecho romano, que permite adscribirlo a la nostálgica sobrevaloración del derecho franco dispensada por muchos juristas y autores franceses y alemanes, como, por citar uno, Spengler para quien “solo en este país (Italia) existen ideólogos del derecho romano que defienden el *Corpus Juris* como un santuario contra los ataques de la realidad” y el descubrimiento del manuscrito de las Pandectas circa 1050 fue una lamentable “desgracia” (!).<sup>514</sup> Unos<sup>515</sup> por la “admirable sencillez”, otros<sup>516</sup> por la juventud y vigor de las leyes bárbaras, el

---

<sup>513</sup> En penal, cfr: MOMMSEN, T. (1898). *Derecho Penal Romano*. T. I, III, Cap. IV. Madrid: La España Moderna.

<sup>514</sup> SPENGLER, *op. cit.*, Tomo 2, p. 83, 93, 95.

<sup>515</sup> MONTESQUIEU, C. (1980). *Del espíritu de las leyes*. XXVIII, I. Madrid: Tecnos.

<sup>516</sup> SPENGLER, *op. et loc. cit.*

“derecho germánico” tiene sus numerosos turiferarios en detrimento del derecho romano.

## Segundo período

Nada informa el autor sobre el período inmediato poscaída del Imperio, pero hay que suponer que si cuando, según dice, fue necesario desplazar el modelo *intrajurídico* germánico (similar al griego arcaico) y *sustituirlo* por el *extrajudicial* de la verdad (pág.78), se recurre al modelo practicado en el imperio carolingio y aparecen “antiguas reglas” del derecho romano (pág. 75), “viejo derecho de Estado” (pág. 68), hasta esos momentos los invasores habrían implantado su derecho germánico. El modelo carolingio consistía en requerir el testimonio de personas consideradas capaces de conocer las costumbres, el derecho o los títulos de propiedad para la solución de un problema, “procedimiento de indagación administrativa”, también practicada desde antes por la Iglesia mediante “visitaciones eclesiásticas” generales y parciales (págs. 78-81). La indagación tiene pues doble origen, administrativo ligado al nacimiento del Estado y religioso (pág. 81). Al respecto, hay mucho que observar.

- a) Las poblaciones invadidas eran casi sin excepción poblaciones romanizadas. En Galia que conquistara Julio César,<sup>517</sup> la población gala luego de las invasiones estaba romanizada en sus costumbres, lengua, religión y derecho.<sup>518</sup> “El obispo organizaba

---

<sup>517</sup> JULIO CÉSAR (1908). *De bello gallico*. Paris: Librería Hachette.

<sup>518</sup> BURCKHARD, J. (1982). *Del paganismo al cristianismo*. México: FCE, sección tercera; REMONDOND, R. (1964). *La crise de l'empire romain*. Paris: Presses universitaires de France, cap. III, H.; JOHNSON, P. (1989). *Historia del cristianismo*. Buenos Aires: Javier Vergara, cuarta

las defensas, dirigía la economía de mercado, presidía la justicia, negociaba con otras ciudades y otros gobernantes”.<sup>519</sup> Los habitantes del ex Imperio “continuaron pagando los impuestos, litigando ante los tribunales romanos, leyendo autores clásicos, yendo a los baños y pasando el tiempo en insignificancias”.<sup>520</sup>

- b) Las célebres “leyes romano bárbaras” (que no cuentan para Foucault), al establecer el principio de la *personalidad de la ley*, hicieron posible y fomentaron que los romanos continuaran rigiéndose por las instituciones de su derecho, que en alguna de ellas incluso se aplicaron a ambas poblaciones. El Edicto de Teodorico (circa 503), la *Lex Romana Wisigotorum* (506) y la *Lex Romana Burgundiorum* (561) son suficientemente conocidas como para agradar a la brevedad haciendo omisión de comentarios sobre ellas. Sea suficiente recordar que el Edicto de Pistes (864) informará circunstanciadamente sobre las poblaciones que continuaron rigiéndose por sus respectivas leyes (bárbaras y romanas). “El edicto de Pistes prueba dos cosas: que había países que se juzgaba según la ley romana, y otros donde no se juzgaba según esta ley; y que los países en que se juzgaba según la ley romana eran precisamente aquellos en que

---

parte; KURTH, G. (1948). *Los orígenes de la civilización moderna*. Buenos Aires: Emecé, cap.IX. A pesar de estar en veredas opuestas, Charles Segnobos (*Historia Universal*, T. II, Cap. XIII) concuerda en este punto con Kurth. Valga anotar que el belga Kurth considera a la germana como “la más conocida y mejor dotada de las razas;” no obstante lo cual “siempre hubo en Germania un partido romanófilo” (*op. cit.*, cap. II); MENÉNDEZ Y PELAYO, M. (1880). *Historia de los heterodoxos españoles*. Tomo I. Madrid: F. Mariotto e Hijos; BLOCH, R. y COUSIN, J. (1967). *Roma y su destino*. Barcelona: Labor, cap. VIII, p. 3.

<sup>519</sup> JOHNSON, *op. cit.*, p. 159.

<sup>520</sup> KURTH, *op. et loc. cit.*

aún se sigue aquella ley, como parece desprenderse de este edicto”.<sup>521</sup> Algunas fueron aplicadas a ambas poblaciones.

- c) En el período merovingio, el cese de la dominación política romana con la derrota de Clodoveo,<sup>522</sup> “rey de los salios”, al gobernador Siagrius (486), no produjo el eclipse de la penetración romana en la cultura y la praxis jurídica en los territorios ocupados. En el 507, jurando vasallaje a Anastasio I, es nombrado “cónsul general de las Galias” y en el año 509 es proclamado rey de los francos. Sanciona la famosa “ley Sállica” que, si bien regulaba básicamente la sucesión monárquica, contiene también normas de derecho civil y penal en la que se entremezclan elementos germánicos y romanos. “Es significativo que esta última oración fuese extraída de la séptima *novella* de Justiniano”<sup>523</sup> y su portada dice: “*Vivat qui Francos diligit Crhistus*”.<sup>524</sup> Se convierte al cristianismo, cuya Iglesia “*vivit in lege romana*”. Cossio decía que cuando los nazis invadieron Francia, los franceses conservaron su derecho. ¿Quiere decir que pusieron a buen resguardo los libros de derecho? No, se siguieron comportando de acuerdo a sus preceptos. En el reino de los francos y ripuarios convivieron los bárbaros y los romanos cristianos dirigidos por el obispo, que hablaba latín, se reportaba al primado de Roma y con gran influencia “organizaba las defensas, dirigía la economía de mercado, presidía la justicia, negociaba con otras ciudades y otros gobernantes”;<sup>525</sup> ningún obispo

---

<sup>521</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.* XXVIII, II, IV.

<sup>522</sup> GUIBON, E. (1984). *Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano*. Tomo IV. Madrid: Turner, cap. XXXVIII.

<sup>523</sup> JOHNSON, *op. cit.*, p. 159.

<sup>524</sup> Prólogo de la Ley Sállica.

<sup>525</sup> JOHNSON, *op. et loc. cit.*

sometería a sus fieles a alguna ordalía u otras soluciones del régimen de la prueba. Políticamente bárbaros y provincianos eran iguales y cada pueblo conservó su propia legislación. Los que no entendían la lengua de los bárbaros ni aprobarían sus costumbres, se regían por normas del derecho romano y en función de las mismas dirimían sus conflictos. Con anterioridad a la ley de los burgundios, se había sancionado una ley germánica (Ley Gombeta), cuyo segundo prefacio ordena que los romanos fuesen juzgados por su ley.<sup>526</sup>

- d) Que en el imperio merovingio y especialmente en el carolingio el derecho romano se haya *impuesto* (pág. 68) al derecho germánico no es exacto. Carlomagno, “*rex francorum et longobardorum*”, nunca “*rex romanorum*”, gobernó un reino que fue un Estado esencialmente germánico, cuyo derecho fue predominantemente germano, no romano. Para Koschaker, hay una “convicción general de que no significó una renovación del antiguo imperio romano”.<sup>527</sup> “Los reyes de la primera monarquía suprimieron de las leyes sálicas y ripuarias lo que no podía estar de acuerdo con el cristianismo, pero su fondo subsistió por entero”.<sup>528</sup> No obstante, el derecho romano irradió y elevó favorablemente el derecho de los francos, sea supliendo sus falencias, sea humanizando sus instituciones.<sup>529</sup> En el período en cuestión se restauraron y derogaron reglas del derecho romano que sería largo detallar, pero valgan algunos ejemplos: el principio romano “*quod principi placuit legis habet vigorem*”

---

<sup>526</sup> ORTOLAN, M. (1912). *Historia de la legislación romana*. Madrid: Hijos de Leocadio López, p. 414.

<sup>527</sup> KOSCHAKER, *op. cit.*, p. 43.

<sup>528</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, XXVIII, I.

<sup>529</sup> RICCOBONO, S. (1975). *Roma, madre de las leyes*. Buenos Aires: Depalma, p. 12.

fue suplantado por “*lex consensu populi fit et constituione regis*”; se legisló a través de “asambleas generales” que emitían opinión con absoluta libertad y, en asuntos más complejos, se formaban comisiones especiales para su mejor solución; la presencia de obispos y personas competentes en las asambleas y comisiones hizo que costumbres y leyes bárbaras fuesen reguladas con criterios más humanitarios de la doctrina católica y el derecho romano. Allí de seguro en busca de la verdad se esgrimirían mejores razones que un juramento, el recitado de alguna fórmula o un eventual combate; se creó un cuerpo de funcionarios como agentes o mandatarios del soberano, los “*misi dominici*” (comisarios del rey), que recorrían e inspeccionaban cada distrito, ponían límites a las excesos de los señores feudales, hacían minuciosas “indagaciones” sobre la vida pública de los habitantes, reparaban las injusticias o enviaban los asuntos más complicados al soberano; se crearon colegios de magistrados (*échevins*) encargados de elaborar y dictar las *sentencias*,<sup>530</sup> en los homicidios intervenía un *juéz* que podía imponer la composición obligatoria; se prohibió el uso de armas en las reuniones públicas y se estableció como principio “*non occidatur homo, nisi lege jubente*”.<sup>531</sup>

En este período encontramos pues inquisición de la verdad, *testimonios*, jueces, sentencias, etc. no existentes en el derecho germánico, al decir del autor, que, por otra parte, limita el método carolingio de indagación a las “*visitationes episcopales*”, generales y especiales, practicadas por los

---

<sup>530</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, XXVIII, I.

<sup>531</sup> KOSCHAKER, *op. et loc. cit.*; KURTH, *op. cit.*, cap-I. X; RICCOBONO, *op. cit.*, cap. I. Este último menciona un “*imperium romanum cristianum*”. BURCKHARD, *op. et loc. cit.*; JOHNSON, *op. cit.*, tercera parte; KURTH, *op. cit.*, caps. XII/XIII; DE FRANSCISCI, P. (1954). *Síntesis histórica del derecho romano*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, p. 816.

obispos y las grandes instituciones monásticas desde *antes* de la época carolingia (pág. 80). Mediante la “*inquisitio generalis*” y, consultando a vecinos notables, se tomaba nota del estado de la diócesis, si se habían cometido faltas, crímenes o pecados. De ser así, se pasaba a la “*inquisitio specialis*” para averiguar qué había ocurrido, la naturaleza del acto y quién o quiénes eran los autores. Tal inquisición espiritual se extendió administrativamente a la manera de administrar los bienes de la Iglesia (pág. 81). Esta práctica religiosa y administrativa fue la que salvó a la indagación de haberse perdido definitivamente (pág. 80). La figura “diabólica” del “procurador del rey” aparece en el siglo XII, “no tiene precedentes en el derecho romano” (pág. 75) y la introduce en los procedimientos judiciales. ¡Pero hacía lo mismo que los visitadores eclesiásticos! (pág. 81).

### Tercer período

En opinión del autor, la sociedad feudal entra en una etapa de barbarie rampante, los elementos de indagación griegos o romanos caen en el olvido (pág. 80) y se impone el derecho “*esencialmente germánico*”, muy parecido al antiguo derecho griego arcaico, cuyas principales características se señalarán infra (VI). Valga acotar que en términos jurídicos romanos nos referimos a los medios a emplear para demostrar precisamente la verdad o realidad de hechos controvertidos y la justicia de la solución (medios probatorios). La prueba germánica es un hecho que pone fin a un conflicto, sea cual sea la “verdad” en el caso y la eventual justicia. La prueba romana son los recursos cognitivos heurísticos para hallar la verdad en la que pueda basarse la solución más justa. Podemos decir que el sistema romano “resuelve” los conflictos, mientras el germánico solamente los “disuelve”.<sup>532</sup>

---

<sup>532</sup> MALLANDI, R. (2010). *Ética Convergente*. Tomo II. Buenos Aires: Las Cuarenta.

Que tal haya sido el núcleo del derecho germano, antes o después de las invasiones, no amerita discusión aquí; valga atenernos a la descripción que hace el autor. Pero que tal núcleo se haya implantado en *todo el occidente* europeo desplazando al derecho romano, excepción hecha en alguna medida en los imperios merovingio y especialmente carolingio, hasta finales del siglo XII, es históricamente insostenible. El autor se circunscribe al reino particular de los francos. Al emitir desde esa base local una enunciación general, incurre en un vicio lógico y una afirmación quizá metafísica. Pero, en las mismas leyes *sálicas* y *ripuarias* de los francos, los más reacios, sin perjuicio de haberse suprimido “lo que no podía estar de acuerdo con el cristianismo”,<sup>533</sup> pueden rastrearse diversas prácticas indagatorias. “El demandante hacía oír a sus testigos (...) el demandado hacía oír a los suyos y el juez buscaba la verdad en uno y otro testimonio”.<sup>534</sup> Si esto no es *indagación*...

Entre otros aspectos merecedores de crítica, valga señalar: a) Foucault reduce su recorrida histórica al derecho de los territorios dominados por los francos, omitiendo considerar comparativamente la pluralidad de pueblos y derechos existentes en la Edad Media europea. Su análisis es pues parcial y presumiblemente ideológico; no es un secreto la postura de parte de la doctrina francesa al derecho romano; b) Se hace eco de la famosa leyenda negra sobre la Edad Media, fogueada por el iluminismo y la ilustración y, en el campo del derecho, por la obra de E. Gibbon.<sup>535</sup> Hoy en día está en franca retirada y habría mucho para comentar si hubiera espacio suficiente. Sin perjuicio de que históricamente es insostenible que toda una tradición jurídica pueda desaparecer de un día para otro y entrar en la “unánime noche” borgeana, de los mismos dichos del autor puede colectarse la debilidad de su postura.

---

<sup>533</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, XXVIII, 1.

<sup>534</sup> *Ibidem*, XXVIII, XIII.

<sup>535</sup> GIBBON, E. (1984). *Historia de la decadencia y ruina del Imperio Romano*. Madrid: Turner, 8 tomos.

Si la indagación, al menos en la práctica eclesiástica, “existió *durante toda la Edad Media*” (81), los siglos X al XII no habrían formado parte de la misma, o la Iglesia habría operado en otro planeta. Sin embargo, nos cita el caso de Guillermo el Conquistador, que en 1096 (siglo XI) hizo precisa indagación laica (pág. 79). En el mismo siglo (1065), en un juicio concerniente a la Abadía de Sr. Trond, Lorena, se practicó una minuciosa indagación sobre las costumbres de los habitantes y sus antepasados.<sup>536</sup> La falta de espacio nos hace omitir otros casos. Aunque Montesquieu nos dice que después de Carlomagno las naciones victoriosas “volvieron a las tinieblas de donde habían salido”, comenta luego que, cansados los francos y ripuarios de las pruebas negativas “que no probaban nada y no tenían conexión ni con la inocencia ni con el delito”, establecieron la “ley del combate”. En tal forma de resolver conflictos aparecen reglas, magistrados, jueces, testigos, penalidades al falsario, indagaciones, sentencias, apelaciones, penas pecuniarias, etc., dando lugar a una jurisprudencia tan exuberante y compleja como para que San Luis aboliera el combate judicial. Casi todos los elementos de los que según Foucault carecía el derecho germánico, especialmente la indagación, aparecen en las leyes y prácticas judiciales bárbaras germanas del siglo X al XII.<sup>537</sup>

La legislación que se aplicó en la Hispania visigoda fue *Liber Iudiciorum* o *Lex gothica* (654 Recesvinto; 681 Ervigio), que, a su vez, reconoce como antecedente la *Lex Romana Wis aigotorum*, traducida al incipiente español en 1241 como Fuero Juzgo. Espigemos algunas de sus prescripciones:

*Quotiens causa auditur, probatio quidem ab utraque parte, hoc est, tam a patente, quam ab eo qui patitur, debet inquiri, et quae magis recipere debeat, iudicem*

---

<sup>536</sup> CRUMP, C. y JACOB, E. (comp.) (1944). *El Legado de la Edad Media*. Madrid: Pegaso, p. 384.

<sup>537</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.*, XVIII, cap. XI, XVII, XVIII, XI, XIX, XXII, XXVIII/XX.

*discernere oportet. Tamen si per probationem rei veritas investigare nequiverit, tun ille qui pulsatur, sacramentis se expiet, rem, nec si quid ab eo requitur, neque habuisse, neque habere, neque aliquid de causa unde interrogatur, se conscium ese, vel quidquem inde in veritate scire, nec id quod dicitur, et illi parti cui dicitur, commississ: et postyquam ita iuraverit qui pilsatur est, quinque solidos ille qui pulsaverit, ei cogatur absolvere (Ibidem, II. II (3) VI).*

Fuero Juzgo: *En los pleitos que el juez oye, cada una de las partes debe dar sus pesquisas e sus, y el juez debe catar qual prueba mejor. E si por las pruebas no pudiese saber la verdad, entonze debe mandar el juez a aquel a quien se querellaban, que se salve por su sacramento, que aquella cosa que demandan, non la ovo, ni la a, ni sabe ende nada, ni lo cree, ni que non fizo aquello que dizen. E pues que iurar aquel quel demandó tuerto, peche V sueldos.*

*In improvisis certe acute ratio indagatione cognosci (Forum Iudicum I. I).*

Fuero Juzgo: *En las cosas que non son conocidas, debe omne subtilizar por las cognoscer, é por la saber.*

*Iudex, ut bene causam agnoscat, primun testes interroguet deinde scripturas requirat ut veritas possit certius invenire ne ad sacramentum facile inveniatur. Hoc enim iustitiae potius indagatur vera commendant, ut scripturae ex ómnibus concurrant, et iurandi necessitas sese inopinata omnino suspendat. In is vero causis sacramenta praestentur, in quibus nullam scripturam, vel probationem, seu certa indicia veritatis discursio iudicantis invenerit (Forum Iudicum II. I. XXI).*

Fuero Juzgo: *El iudez que bien quisiere oyr el pleito, debe primeramente saber la verdad de los testimonios, si los oviere en el pleito, o del scripto si lo y viere, e non devenir al sagramento de las partes, ni las debe coniar livianamente. Ca esto semeja mejor derecho, que el escrito venga primeramente por saber la verdad, e después venga el iuramiento si fuere menester. E mandamos que en los pleitos sea dado el sangramiento de las partes quando no pudiese ser provado por testigos, ni por escripto.*

*Eric iudicans in indagando vivax, in previnieundo fixus, in decernendum non axius, in percutiendo parcus, in parcendo assiuus, in inocente vindex, in noxio temperatus, in advena sollicitus, in indígena mansuetus. Personan tanto nesciat accipere, quanto et contemnat eligere (Liber Iudicum I, VII).*

Fuero Juzgo: *El juez debe ser entendido en iudgar derecho: debe ser muy anteviso: non debe ser muy coyoso por departir: debe ser muy mensurado en penar: debe a las veces parcir: debe penar al qui faze mal, e debe haber templanza en dar pena: e debe haber cuidado del omne estrann: debe ser mesurado en el que es de la tierra, así que la persona de cada uno non desprecie, nin escoia de fazer más derecho al uno, que al otro.*<sup>538</sup>

Esta referencia demuestra: a) el reduccionismo de intentar abonar una tesis general con una legislación local como la de los francos, al parecer la única existente para el autor; b) la existencia de una continuidad legislativa vigente en el reino de los visigodos al menos hasta el siglo XIII, en la que se encuentran presentes la indagación de la verdad jurídica y todas las instituciones jurídicas (interrogatorios, autoridad jurisdiccional, jueces, sentencias, infracciones, multas, etc.) que, según el autor, habrían caído en el olvido en la Baja Edad Media del continente europeo. Aunque para Montesquieu las leyes visigodas “de retórica y vacías de sentido, son frívolas en el fondo y gigantescas en el estilo”,<sup>539</sup> ofrecen numerosos ejemplos de prácticas indagatorias que también pueden rastrearse en la “admirable sencillez” de las leyes bárbaras, si se lee atentamente su abundante exégesis que nos brinda en el Libro XXVIII de su obra magistral.<sup>540</sup>

---

<sup>538</sup> *Los Códigos Españoles concordados y anotados*, Madrid: Antonio de San Martín, 1872, Tomo Primero, Primero Titulo, Libros I/XIII; GARCÍA VOLTA, D. (1977). *El mundo perdido de los visigodos*. Barcelona: Javier Carvajal.

<sup>539</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.* Libro XXVIII, cap. I.

<sup>540</sup> *Ibidem, op. cit.*, Libro XXVIII, caps. I/XL.

Y no se hable de Italia, donde por obra de los papas se conservó la escritura, el latín y el derecho romano,<sup>541</sup> en la que se funda la Universidad de Bologna y la obra de los glosadores ya se expandía ampliamente más allá de sus fronteras.

En cuanto a las condiciones de la época, la historiografía moderna va disipando las tinieblas reconociendo la existencia de ciudades florecientes, el renacimiento y expansión del comercio y la agricultura, la formación del sacro imperio poscarolingio, etc.,<sup>542</sup> y poniendo en evidencia que no fue tan tenebrosa y con “sistemas bárbaros, arcaicos, irracionales” como refiere el autor (fs. 82). Sin suscribir encantamientos como el de Johnson (“Una de las grandes tragedias de la historia humana –y la tragedia fundamental de la cristiandad– es la quiebra del armonioso orden mundial que se había desarrollado en la Edad de las Tinieblas”) o de anhelar, como Berdiaev, “una Nueva Edad Media”, ciertamente ha sido una etapa histórica mucho más compleja y culturalmente más civilizada que transmitida por la leyenda negra. Es hasta absurdo conjeturar que hayan pasado dos siglos y medio sin que en el mundo del derecho haya existido preocupación por la verdad y formas de buscarla como la indagación por testimonios u otros medios empíricos y racionales.<sup>543</sup>

---

<sup>541</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, Libro XXVIII, cap. XI.

<sup>542</sup> RICCOBONO, *op. cit.* pp. 6-17; KOSCHAKER, *op. cit.*, cap.VII; MONTESQUIEU, *op. et loc. cit. et passim*.

<sup>543</sup> JOHNSON, *op. cit.*, cuarta parte; BERDIAEV, N. (1979). *Una Nueva Edad Media*. Buenos Aires: Carlos Lohle. ARIES, P. y DUBY, G. (1988). *Historia de la vida privada. El individuo en la Europa Feudal*. Tomo IV. Madrid: Taurus; SÁNCHEZ ALBORNOZ, C. (1974). *En torno a los orígenes del feudalismo*. Tomo II. Buenos Aires: Edudeba; ROMERO, J. L. (1949). *La Edad Media*. Breviarios. México: FCE; WEBER, A. (1935). *Historia de la Cultura*. México: FCE, cap. 5.

## IV

Párrafo aparte amerita la sorprendente afirmación de que, con motivo de haberse llegado al “establecimiento de la sentencia” recién con el obrar del procurador (siglo XII), aparece “una noción absolutamente nueva”, “como una de las grandes invenciones del pensamiento medioeval”, la “infracción” y el “gran mecanismo” de las multas (págs. 76-77), fenómenos concomitantes con la consolidación del poder estatal.

La infracción “es una ofensa o lesión de un individuo al orden, al Estado, a la ley, a la sociedad, a la soberanía, al soberano” (pág.76). Si no hubiera sido hasta muy entrada la Baja Edad Media en Europa (siglo XII) no habría existido derecho penal, del que el autor precisamente extrae su tesis (pág. 18); quien atentara contra el Estado, la sociedad, la ley o el soberano habría gozado de absoluta impunidad. Foucault funda esta rara afirmación, a todas luces insostenible, diciendo que “ya no se puede hablar de Estado en esa época” (pág. 77), es decir, en la edad de las tinieblas los pueblos habrían sido una serie de hordas resolviendo sus conflictos por la fuerza sin siquiera una organización mínima del poder. Sin embargo, por lo que se sabe, los pueblos invasores siempre venían dirigidos por sus respectivos jefes reyes, algunos convertidos en funcionarios o delegados imperiales, y es poco probable que permanecieran impasibles ante cualquier ofensa a la fidelidad personal debida al jefe que era el sentimiento predominante en vez del concepto abstracto de Estado.<sup>544</sup> “*Ad periculum capitis tuis*” advertían los reyes bárbaros a los encargados de hacer cumplir las leyes que dictaban. Al parecer, Foucault confunde la infracción como ofensa mayestática con el medio de reparación, que identifica con el “mecanismo de las multas”. Pero, como veremos, también las multas eran usuales.<sup>545</sup> No se entiende cómo pueda sostenerse que “la infracción

---

<sup>544</sup> CRUMP y JACOB, *op. Cit.*, p. 382.

<sup>545</sup> JOHNSON, *op. cit.*, p. 160.

es una de las grandes invenciones (sic) del pensamiento medioeval”, al igual que las *multas*, cuando fueron institutos inveterados en el mundo romano e incluso en las costumbres germanas.

En el procedimiento penal romano el incumplimiento de la ley siempre significó una infracción.

Para que hubiera pena propiamente dicha, era necesario que existiera una ley del Estado donde se regulase previamente el delito y el procedimiento correspondiente.<sup>546</sup>

El poder penal de los magistrados iba dirigido contra aquellos daños ocasionados a la comunidad, a causa de los cuales el representante de la misma se hallaba obligado a exigir desde luego al autor de ellos la correspondiente responsabilidad, ateniéndose a los preceptos vigentes. La “coerción” (*coercitio*) del magistrado (Aquella parte del régimen discrecional que todavía se dejó al magistrado para que pudiese imponer penas válidamente dentro de la ciudad, sin necesidad de que las mismas fueron confirmadas por los Comicios, y sin necesidad de que interviniera en la sentencia el jurado, es lo que llamamos nosotros la “coerción”), procedimiento contra la insubordinación y la desobediencia al magistrado de hecho comprendía todas las reglas y medidas preventivas y coercitivas adoptadas por los magistrados para la conservación y defensa del orden público; este poder era por esencia discrecional, no sometido a leyes, sino dependiente tan solo del arbitrio del que lo ejercía.<sup>547</sup>

La multa fue también una de los instrumentos de reparación; no se muestra cuál pudo ser una novedad en el siglo XII. En el derecho romano

las indemnizaciones pecuniarias en favor de la comunidad se encuentran ya en el más antiguo orden jurídico. (...) El lenguaje no tenía palabra para designar

---

<sup>546</sup> *Ibidem*. T. 2. V, I.

<sup>547</sup> *Ibidem*, T. I. I, IV.

técnicamente más que las indemnizaciones a la comunidad. La palabra multa significaba propiamente la indemnización impuesta por el magistrado en virtud de su potestad coercitiva y en favor de la comunidad, indemnización que era más antigua que la impuesta con carácter penal (...) sin embargo, según un uso muy lato, es cierto, pero también muy antiguo y general, se llamaba multa a toda indemnización impuesta a favor de la comunidad, incluso, por tanto, las legales y judiciales.<sup>548</sup>

Pero también las multas eran contempladas por las instituciones bárbaras. El “espíritu” de las leyes sálicas, ripuarias, borgoñonas y visigodas, que siguió vigente aún después de que estas leyes dejaran de tener vigencia, consistió en “resolver la mayor parte de los asuntos por medio de multas”.<sup>549</sup> La negligencia de ciertos vasallos ante los tribunales de justicia dio lugar a cierto tipo de apelaciones “teniendo en cuenta además que esto se convertía en una gran cantidad de multas cuyo producto beneficiaba al señor superior”.<sup>550</sup> Las multas que se aplicaron como mecanismo de las confiscaciones también se venían utilizando en el occidente cristianizado para contener las incontinencias germanas. “La sociedad germánica adhería al feudo de sangre, cuyos destrozos y ramificaciones teñían la totalidad de la conducta social y pública; la iglesia igualmente estaba ansiosa de eliminarlo mediante un sistema de multas y cobradas por vía legal”.<sup>551</sup>

Es aquí donde, en mi opinión, aparece con más claridad el sesgo ideológico del autor y la adecuación del relato a las exigencias de su tesis. La indagación nacida en Grecia, a más de un tipo de conocimiento, era una forma democrática de “oponer la verdad al poder” (pág. 64). Pero en el siglo XII se la reinventa, y aunque, dice, con bastante diferencia,

---

<sup>548</sup> MOMMSEN, *op. cit.* 2. V, XI. 1.L. segundo, p. 193.

<sup>549</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.* Libro XVIII, cap. IX.

<sup>550</sup> *Ibidem*, XXVIII, XXVIII.

<sup>551</sup> JOHNSON, *op. cit.*, p. 160.

la reduce al accionar del procurador del rey, que hacía lo mismo que los visitantes eclesiásticos (pág. 81). ¿Dónde está pues la diferencia? Pues en que se va hacer uso de ella para investigar, vigilar y castigar hasta llegar a la sociedad panóptica de Bentham (conferencias cuarta y quinta), es decir, como forma política de imponer el poder-saber controlador en vez de instrumento para oponerle la verdad sin poder. Para fundamentarlo hay que aportarle un cierto relato *ad hoc*.

## V

De las variadas significaciones de la palabra “indagación” que ofrecen los diccionarios latinos, parece apropiada la de “perseguir siguiendo una pista”, que se conciliaría con la derivación de “senda”, “andén”, y equivaldría también a “investigar” (*in-vestigium*: huella). En derecho se utiliza con sentido más específico “*inquisitio*” (de *inquiero, is, ere, sivi, situm*): inquisición, investigación, examen, instrucción de un proceso. “*Inquirere in ea quae de memoria sunt prodita*”: consultar las tradiciones históricas. “*Inquirere de rebús capitalibus*”: instruir un proceso criminal. Procesalmente existe un acto específico de indagación (indagatoria), pero conceptualmente podemos entender “indagación” (*inquisitio*) como búsqueda o investigación de la verdad en el campo del derecho a través de determinados medios empíricos, retóricos o racionales de probación y fundamentación.<sup>552</sup>

<sup>548</sup> MOMMSEN, *op. cit.* 2. V, XI. 1.L. segundo, p. 193.

<sup>549</sup> MONTESQUIEU, *op. cit.* Libro XVIII, cap. IX.

<sup>550</sup> *Ibidem*, XXVIII, XXVIII.

<sup>551</sup> JOHNSON, *op. cit.*, p. 160.

<sup>552</sup> MACCHI, L. (1941). *Diccionario de la lengua latina*. Rosario: Apis; GARCÍA DE DIEGO, V. (1985). *Diccionario etimológico Español e Hispánico*. Madrid: Espasa-Calpe.

Es algo enrevesado el concepto foucultiano de indagación (*inquisitio*), merced a la cual la democracia griega logra el derecho de dar testimonio. En primer lugar, si la “gran revolución” griega del saber jurídico proviene de la conjunción de los tres niveles de conocimiento, que son el filosófico: formas racionales de la demostración; el retórico: arte de persuadir, convencer o empírico; y el nuevo tipo: conocimiento por testimonios, recuerdo o indagación (pag. 64), o de la indagación como nuevo y tercer tipo: “indagación o testimonio que permita decir quién dice la verdad”, “un nuevo tipo de conocimiento por testimonio, recuerdos o indagación” (pág. 64), sin quedar claro, además, si “testimonio” se refiere solo a personas u otros elementos culturales que aportan evidencias. Si la verdad se obtiene por “testimonios, recuerdos o indagación” (*e* indagación), la tautología es palpable: indagación obtenida por indagación. Para salvarla, deberíamos entender que la indagación (pág. 73) constaba de testimonios y recuerdos (testimonios y recuerdos *sive indagatio*). Por los ejemplos que aporta parece que se refiere a este último significado. No es la de los filósofos (“*enquête*”), ni otras formas curiosas como sociología, psicología, psicopatología, criminología, psicoanálisis, que son más bien “examen”. A fs. 65 nos dice que de la indagación nacida en Grecia resultó una “determinada forma de descubrimiento judicial, jurídico, de la verdad, el cual constituye el modelo o punto de partida para una serie de otros saberes (filosóficos, retóricos y empíricos)”, o sea, los tres generados en Grecia, “al cabo de un largo proceso (fs. 64), que pudieron desarrollarse y que caracterizan al pensamiento griego”. ¿En qué orden se fueron generando los saberes: 1, 2, 3 (fs. 64) o 3, 2, 1 (fs. 65)?

Esta indagación nacida en Grecia permaneció olvidada y se perdió (pág. 65), pero “hubiese sido olvidado totalmente si la Iglesia no los hubiese utilizado para la gestión de sus propios bienes” (pág. 80). Permaneció perdida y olvidada, pero, sin embargo, no fue totalmente olvidada y su modelo subsistió hasta el siglo XII (pág. 81). La indagación *no existió* en la sociedad feudal, pero, sin embargo, “existió durante toda la Edad Media” (pág. 81). Se dirá que se refiere a la indagación eclesiástica, pero

luego nos dirá que el procurador del rey, que la introdujo en los procedimientos judiciales, hacía lo mismo (pág. 81). Nace en Grecia como una “gran revolución” de una determinada forma de saber jurídico (fs. 65), pero, perdida y olvidada, es “retomada bajo otra forma varios siglos después en la Edad Media” (pág. 65), como de “una especie de segundo nacimiento” (pág. 65). No obstante, nacida por segunda vez o retomada, al mismo tiempo se la “inventa” con destino capital para Occidente, en el siglo XII (fs. 72), invento que consistió en adoptar el modelo extrajudicial de la “indagación” que, aunque “existía en la época de imperio carolingio” (fs. 78, 80), hubo que esperarlo hasta el siglo XII (fs. 82) cuando nos encontramos con que en sustancia no concernía tanto a los contenidos sino a las *formas* y condiciones de posibilidad del saber, pero no fue una *forma* de saber jurídico, “una especie de progreso” en la racionalización de los procesos judiciales, sino “toda una transformación política” (fs. 82). Difícil salir del laberinto.

## VI

En el derecho germánico “nunca interviene en este tipo de sistema un procedimiento de investigación de la verdad. Este era el núcleo del derecho germánico antes de la invasión del Imperio romano” y “no presenta ninguno de los elementos de los procedimientos de indagación, establecimiento de la verdad de las sociedades griegas o el Imperio romano” (pág. 68). No existía el *interrogatorio* y se regía por el *juego de la prueba*. Todo consistía en saber si hubo ofensa, quién la practicó y si el que ha inferido la ofensa es capaz de soportar y sale airoso de la prueba que le propone el ofendido (juramento, fórmulas, ordalías, combate judicial). No hay (salvo traición y homosexualidad) *acción pública* porque no hay nadie representando a la sociedad o un grupo o al poder. No hay *acción pública*, el proceso se desarrolla de a dos entre quien acusa (el ofendido o un miembro de su familia) y quien se defiende, de a dos, nunca de

tres, y se requería también la existencia de un daño real o presunto afirmado por alguien que lo alegara (primera condición). La terminación del pleito como una especie de lucha entre contendientes, una guerra particular que el procedimiento ritualiza como forma reglamentada de hacerla. El derecho no se identifica con la paz, es una “forma ritual de la guerra” cual “venganza judicial” (segunda). Una tercera, no hay oposición entre derecho y guerra, ya que siempre existía la posibilidad de una transacción, generalmente una suma acordada de dinero, que no era *rescate* de la falta, sino daño y venganza (tercera). “Nunca interviene en este tipo de sistema uno de procedimiento de investigación de la verdad. Este era el núcleo del derecho germánico antes de la invasión del Imperio romano” (pág. 68). El litigio se resolvía por el sistema de la prueba (*épreuve*): una serie de ellas admitidas por ambas partes a modo de desafío, que no era la prueba de la verdad sino de la fuerza, del peso o la importancia de quien decía. El *juramento* no era testimonio que garantizara la inocencia sino la importancia social del individuo y la solidaridad social que era capaz de suscitar. La prueba de la inocencia no requería el *testimonio*. La verbales consistían en *ciertas fórmulas* que debían pronunciarse sin error; mal pronunciadas, se perdía, no por haber mentido o por haberse probado que se había mentido, sino por el solo hecho de haberlas pronunciado incorrectamente. Las pruebas *corporales* o *físicas* consistían en ordalías del agua o del fuego y especialmente el combate judicial (juicios de Dios). Se trataba de batallas con asistencia de público para saber quién era más fuerte. Quien ganaba la lucha, ganaba el proceso. No se procuraba investigar la verdad, era más bien un juego de estructura binaria: el acusado acepta o no someterse a la prueba, si no acepta, pierde el proceso de antemano; si acepta, gana o fracasa, no hay otra posibilidad. La forma binaria era la primera característica de la prueba. La segunda, que el proceso termina en una victoria (del más fuerte) o un fracaso (del más débil). No existe un *Poder Judicial* (pág. 75), tampoco la *sentencia* o la separación entre verdad o error, solo la victoria o el fracaso. “En ningún momento aparece algo semejante a la sentencia, como ocurrirá a finales del siglo XII y comienzos del XIII”

(pág.71). La tercera característica es la automaticidad de la prueba. No se requiere la intervención de ningún tercero, y si aparece alguien con el nombre de *juez*, lo es al solo efecto de comprobar como testigo la regularidad del procedimiento (pag. 71). La cuarta, el mecanismo de la prueba no sirve para determinar quién tiene razón sino para establecer quién sea el más fuerte, lo que equivale a tener razón (pág. 72).

Cotejado sumariamente el sistema de la prueba expuesto por el autor con los principales lineamientos del sistema romano, en materia de indagación de la verdad jurídica el contraste es frontal. Afirma el autor que el derecho feudal germánico “no presenta ninguno de los elementos de los procedimientos de indagación, establecimiento de la verdad de las sociedades griegas o del Imperio romano” (pág. 68). Ocioso sería comentar, y la estrechez del espacio concedido calza para ello, que en el derecho romano existieron todos y cada uno de los elementos o instituciones jurídicas que, según el autor, no existieron en el derecho germánico. Es fácilmente demostrable en cada caso y, además, inferible: si no hubieran existido en el derecho romano, no se detectaría su falta en el germánico. Se ha hecho mención supra a la infracción y las multas, pero puesto que la *indagación* es el tema principal, me centraré en esta institución clásica en el derecho romano. En efecto, la búsqueda o indagación de la verdad de los hechos era la base de todo proceso (“*da mihi factum, dabo tibi ius*”). Se entendía por “*cognitio*” “la averiguación de la verdad, el interés del Estado para que prive la razón por encima de la habilidad, sabiduría o malicia de los litigantes”. Cuando la averiguación de la verdad jurídica estaba a cargo del pretor o del juez, se daba la *cognitio* por inquisición (*inquisitio*). “El magistrado se pone en contacto directo con las personas y las cosas del proceso, y él mismo oye a las partes, investiga los hechos y dicta la sentencia”. El juez “no solo oye, sino que inquiere, intuye y deduce. Lo característico de la *cognitio* es el poder de investigación de que está dotado el magistrado y de la *cognitio extra ordinem*, como la llamaron los juristas clásicos o de la *cognición* extraordinaria como la llamó Justiniano, surgió el proceso de *cognición* o de conocimiento

de los tiempos actuales”.<sup>553</sup> En materia penal “había dos formas fundamentales de procedimiento: el juicio arbitral y la inquisición”. Tanto en uno como en otro la indagación de la verdad por testimonios era fundamental.

Mientras en las demandas civiles por causa de delito, el actor mismo era quien debía en general proporcionarse y alegar los medios de prueba, y singularmente era él quien había de preparar la comparecencia de los testigos necesarios; en el procedimiento penal público, al revés, el magistrado tenía facultades ilimitadas para citar a quien bien le pareciese. En el *judicium publicum* se adoptó como criterio una vía intermedia, consistente en conceder al actor el derecho de obligar a comparecer a los testigos, pero solo en un número máximo de éstos.<sup>554</sup>

La prueba testimonial estaba reglamentada circunstanciadamente.<sup>555</sup>

## Para concluir...

La prueba germana no existió en el derecho romano, era moral y jurídicamente inaceptable. “La prestación del juramento de purgación se consideraba inmoral y por esto estaba prohibida. (...) las fuentes no nos dicen en parte alguna que el juez exigiera el juramento de purgación”.<sup>556</sup>

---

<sup>553</sup> CUENCA, H. (1957). *Proceso Civil Romano*. Nº 134. Buenos Aires: Ejea; D’Ors, A. (1981). *Derecho Privado Romano*. Nº 106, 127 y 128. Pamplona: Eunsa.

<sup>554</sup> MOMMSEN, *op. cit.*, Tomo 1, pp. 335, 193.

<sup>555</sup> *Ibidem*, *op. cit.* Tomo 1. III, cap. V.

<sup>556</sup> *Ibidem*, *op. cit.*, I. III, VII.