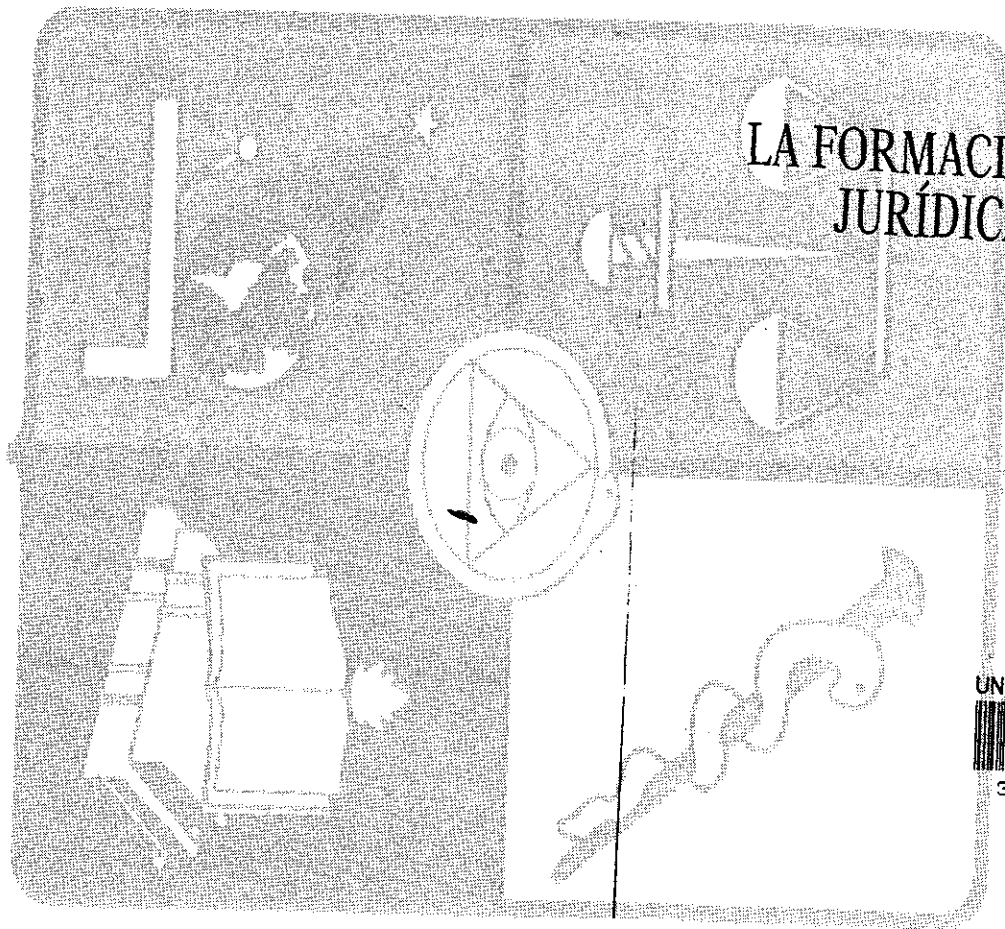


Traducción de
MÓNICA UTRILLA DE NEIRA

HAROLD J. BERMAN

LA FORMACIÓN DE LA TRADICIÓN JURÍDICA DE OCCIDENTE



UNIVERSIDAD DE CHILE



3560 1004279372



FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
MÉXICO

Primera edición en inglés, 1983
Primera edición en español, 1996

PRÓLOGO

Ésta es una historia de orígenes, pero también de los caminos por los cuales hemos llegado a donde estamos. El escéptico podrá leerla con nostalgia, siguiendo mentalmente el curso por donde llegó a su enajenación. El creyente podrá esperar encontrar en ella algunos lineamientos para el porvenir. "El pasado me ha revelado cómo está hecho el futuro", escribió Teilhard de Chardin.

Mi propia motivación es un poco más desesperada. Se ha dicho que un hombre que se ahoga puede ver pasar toda su vida ante él, como en un relámpago. Ese puede ser un esfuerzo inconsciente por encontrar en su experiencia los recursos que lo salven de la muerte inminente. Y así, yo he tenido que ver la tradición occidental de derecho y legalidad, de orden y justicia, en una amplísima perspectiva histórica, desde sus comienzos, para encontrar una manera de salir de nuestro actual predicamento.

El hecho de que estamos al final de una era no es algo que pueda demostrarse científicamente. Lo sentimos o no lo sentimos. Sabemos por intuición que las viejas imágenes, como dice Archibald MacLeish en *The Metaphor*, han perdido su significado.

Un mundo termina cuando su metáfora ha muerto.

Una época se vuelve época, y mucho más;
Cuando poetas sensuales en su orgullo inventan
Emblemas para el contenido del alma
Que dicen los significados que los hombres jamás conocerán
Pero que imágenes hechas por el hombre podrán mostrar:
Perece cuando esas imágenes, aunque vistas,
Ya no significan nada.

Como la época está terminando, ahora podemos discernir sus comienzos. A mitad de una época, cuando el fin no está aún a la vista, también se oculta el comienzo. En realidad, la historia tiene entonces la apariencia, según una frase de Maitland, de una red inconsútil. Pero ahora que toda nuestra civilización se extiende ante nosotros podemos descubrir sus orígenes, porque sabemos qué orígenes estamos buscando.

De manera similar, como estamos surgiendo de un periodo revolucionario, podemos identificar más fácilmente las épocas revolucionarias del pasado. La historia "incremental", la historia "tersa", fue característica de los escritos históricos de la época darwiniana. La historia catastrófica, dominada por conflictos sociales, ha sido característica de los escritos

Título original:
Law and Revolution. The Formation of the Western Legal Tradition
© 1983, President and Fellows of Harvard College
Publicado por Harvard University Press, Cambridge, Mass.
ISBN 0-674-51776-8

D. R. © 1996, FONDO DE CULTURA ECONÓMICA
Carretera Picacho-Ajusco, 227; 14200 México, D. F.

ISBN 968-16-4561-8

Impreso en México

históricos de principios y mediados del siglo xx. Ahora, por vez primera, empezamos a ver no sólo evolución y no sólo revolución, sino la interacción de ambas como un tema dominante de la historia occidental.

Es imposible no sentir la desintegración social, la descomposición de comunidades ocurrida en Europa, la América del Norte y otras partes de la civilización occidental en nuestro siglo. Nexos de raza, religión, tierra, familia, clase, vecindad y comunidad laboral se han disuelto cada vez más, formando nacionalismos abstractos y superficiales. Esto se relaciona íntimamente con la decadencia de unidad y de propósito común que había en toda la civilización occidental. Sin embargo, también hay algunas señales de una construcción. Acaso la perspectiva más alentadora sea la de una interdependencia económica, científica y cultural, sobre una base regional y a la vez mundial.

¿Qué tiene qué ver todo esto con el derecho? Mucho. Los símbolos tradicionales de comunidad en Occidente, las imágenes y metáforas tradicionales han estado por encima de todo lo religioso y lo legal. Sin embargo, en el siglo xx por vez primera la religión se ha vuelto prácticamente asunto privado, en tanto que el derecho se ha vuelto, en gran parte, cuestión de conveniencia práctica. Se ha roto la conexión entre la metáfora religiosa y la metáfora jurídica. Ninguna de ellas expresa ya la visión que la comunidad tiene de su futuro y de su pasado; ninguna de ellas obtiene ya una lealtad apasionada.

No necesitamos lamentar estos cambios. Pueden ser buenos. Y son, sin duda, inevitables. Sea como fuere, señalan el fin de una época y, puesto que no hay manera de regresar, las únicas preguntas son: "¿cómo podemos avanzar?" ¿Podemos encontrar en la memoria de grupo de nuestra experiencia pasada recursos que nos ayuden a superar los obstáculos que bloquean nuestro avance al futuro?

¿Cuáles son esos obstáculos? Esto es algo que podrá aprenderse, indirectamente, de la historia que se narra en este libro. Entre ellos están una estrechez y una división, tanto del pensamiento como de la acción, en relación con el derecho mismo. Necesitamos superar la reducción del derecho a un conjunto de recursos técnicos para que las cosas se hagan; la separación del derecho y de la historia; la identificación de todo nuestro derecho con el derecho nacional y de toda nuestra historia jurídica con la historia jurídica nacional; las falacias de una jurisprudencia exclusivamente política y analítica ("positivismo") o de una jurisprudencia exclusivamente filosófica y moral ("la teoría del derecho natural"), o de una jurisprudencia exclusivamente histórica y socioeconómica ("la escuela histórica", "la teoría social del derecho"). Necesitamos una jurisprudencia que integre las tres escuelas tradicionales y vaya más allá. Esa jurisprudencia integrativa subrayaría que hay que creer en el derecho, o de lo contrario, éste no funcionará; incluye no sólo razón y voluntad, sino también emoción, intuición y fe. Abarca un compromiso social absoluto.

En los periodos de crisis necesitamos una visión mayor. Una vez, Oliver

Wendell Holmes, Jr. dijo a un grupo de estudiantes de derecho: "vuestra labor como abogados será ver la relación entre vuestro hecho particular y todo el marco del universo". Tras esta afirmación se encuentra la trágica visión de la vida que tenía Holmes, nacida de la Guerra Civil en los Estados Unidos. Él sabía que, sin un particular contexto universal, los hechos son enteramente precarios.

La estrechez de nuestros conceptos del derecho bloquea nuestra visión, no sólo del derecho, sino de la historia. Hoy, la gente piensa en el derecho esencialmente como en la masa de reglas, procedimientos y técnicas legislativos, administrativos y judiciales, vigentes en un país determinado. La visión de la historia que acompaña a esta visión del derecho está severamente limitada al pasado más o menos reciente y a una nación en particular. De hecho, hasta puede ser la visión de lo que no es historia, sino tan sólo las políticas y los valores actuales. En contraste, consideremos las implicaciones históricas de conceptos del derecho que prevalecieron en el pasado: por ejemplo, en la Inglaterra del siglo xviii, como quedó expresado en los *Commentaries on the Laws of England*, de Blackstone, libro escrito no sólo para juristas, sino también, y primordialmente, para toda la gente educada. Según Blackstone, los siguientes tipos de derecho prevalecieron en Inglaterra: el natural, el divino, el de las naciones, el común inglés, el consuetudinario local, el romano, el eclesiástico, el mercantil, el estatutario y la justicia natural. En este catálogo estaba implícita una visión de la historia, no limitada a la nación o al pasado reciente, sino una visión de historias imbricadas: la del cristianismo y del judaísmo, la de Grecia, la de Roma, la de la Iglesia, la local, la nacional, la internacional y otras más. Semejante visión, al conectar a los lectores de Blackstone con diversas épocas pasadas, los liberaba de su atadura a un solo pasado, así como al pasado en conjunto, en algún abstracto sentido kantiano. Y, por la misma razón, les permitía prever no un solo futuro o un futuro abstracto en general, sino, una vez más, varias épocas futuras. El propio Blackstone era muy "inglés" y, en algunos aspectos, muy conservador, pero, reconociendo la diversidad de la tradición jurídica en Inglaterra, reconoció la diversidad de la historia misma.

A veces se ha dicho que una visión demasiado estrecha de la ley hace imposible, a los especialistas en otras disciplinas —historiadores, politólogos, sociólogos, filósofos—, estudiarla con provecho. Si se considera el derecho tan sólo como reglas, procedimientos y técnicas prevalecientes, tendrá poco interés para los sociólogos y los humanistas. Y también debe observarse que quienes salen perdiendo con esto no son sólo los abogados, sino también los sociólogos y los humanistas, así privados de una de las más ricas fuentes informativas para profundizar en sus respectivas disciplinas. Si nuestras propias ciencias y humanidades se han vuelto excesivamente conductistas y fragmentadas, y si nuestra historiografía en particular se ha vuelto excesivamente nacionalista y atada a periodos relativamente

breves, ello se debe en parte a que también nuestro pensamiento jurídico se ha vuelto así y, en consecuencia, se ha salido del campo de visión general del estudioso profesional y, por tanto, del público culto.

Así, es más fácil quejarse de esta separación del conocimiento que hacer algo constructivo para superarla. Es probable que todo esfuerzo por reintegrar los tiempos pasados sea interpretado y juzgado de acuerdo con las categorías y los conceptos prevalecientes. Presentar la historia del derecho en Occidente como metáfora de nuestra época es esperar mucho de los lectores que se han educado en visiones totalmente distintas de la historia, del derecho y de Occidente. No obstante, sin una reintegración del pasado no habrá manera de volver sobre nuestros pasos ni de encontrar lineamientos para el futuro.

INTRODUCCIÓN

Este libro narra la siguiente historia: una vez hubo una civilización llamada "occidental" que desarrolló instituciones, valores y conceptos "jurídicos"; estas instituciones, valores y conceptos jurídicos occidentales fueron transmitidos conscientemente de generación en generación a lo largo de siglos, hasta llegar a constituir una "tradición"; la tradición jurídica occidental nació de una "revolución", y después, durante el curso de muchos siglos, ha sido interrumpida y transformada periódicamente por revoluciones; y en el siglo xx la tradición jurídica occidental se encuentra en la mayor crisis revolucionaria de su historia, la cual, según creen algunos, virtualmente la ha llevado a su fin.

No todos querrán escuchar esta historia. Para muchos, la trama será inaceptable; la considerarán una fantasía. Algunos dirán que nunca existió tal tradición; otros, que está sana y salva a finales del siglo xx.

Aun entre quienes reconozcan que la historia es verídica y que se la debe tomar en serio, habrá grandes diferencias de opinión con respecto a los significados de los términos *occidental*, *jurídico*, *tradición* y *revolución*. Uno de nuestros propósitos al narrar la historia es descubrir los significados de esas palabras en un contexto narrativo; es decir, en su dimensión temporal. Desde ese punto de vista, resultaría contraproducente tratar de definir las por adelantado. Como una vez dijo Federico Nietzsche, nada que tenga historia puede definirse. No obstante, un autor que no escriba obras de ficción tiene el deber de revelar desde el comienzo algunos de sus prejuicios. Al mismo tiempo podría ser útil intentar disipar, de entrada, algunos de los equívocos —como yo los veo— de quienes pueden decir, prejuzgando, que esta historia es inaceptable.

Lo que en este libro se llama "el Occidente" es una cultura, una civilización histórica particular, que se puede caracterizar de muchas maneras, dependiendo de nuestros propósitos al hacer la caracterización. Solía llamársele "el Occidente", y suponíase que abarcaba todas las culturas que recogieron la herencia de la Grecia y la Roma antiguas, en contraste con "el Oriente", integrado ante todo por el Islam, India y el "Lejano Oriente". Desde finales de la segunda Guerra Mundial, "Este" y "Oeste" se han empleado a menudo para distinguir a los países comunistas de los no comunistas: en el comercio, un embarque de artículos de Praga a Tokio es un embarque de Este a Oeste.

Hay otra distinción entre Este y Oeste menos conocida en la actualidad: la distinción entre las partes oriental y occidental de la Iglesia cristiana, que en los primeros siglos de nuestra era corrió paralela a la distinción entre las

partes oriental y occidental del Imperio romano. Aunque desde los primeros tiempos hubo diferencias entre la Iglesia de Oriente y la Iglesia de Occidente, sólo en 1054 acabaron éstas por escindirse. Tal ruptura coincidió con el movimiento occidental destinado a convertir al obispo de Roma en cabeza única de la Iglesia, a emancipar al clero del dominio del emperador, de reyes y de señores feudales, y a diferenciar marcadamente a la Iglesia, como entidad política y legal, de todas las políticas seculares. Este movimiento, que culminó en la que fue llamada Reforma gregoriana y "Querella de las Investiduras" (1075-1122),¹ dio margen a la formación del primer sistema jurídico occidental moderno, el "nuevo derecho canónico" (*ius novum*) de la Iglesia católica romana y, con el tiempo, también a nuevos sistemas jurídicos seculares: el real, el urbano y otros. El término "occidental" en el enunciado "tradición jurídica occidental" se refiere a los pueblos cuya tradición legal proviene de estos acontecimientos. En los siglos XI y XII, tales eran los pueblos de la Europa occidental, de Inglaterra a Hungría y de Dinamarca a Sicilia; países como Rusia y Grecia, que se quedaron en la Iglesia ortodoxa de Oriente, así como grandes partes de España, que eran musulmanas, quedaron excluidas por entonces. En épocas posteriores, no sólo Rusia y Grecia, sino toda España, se occidentalizaron, así como la América del Norte y la del Sur y otras varias partes del mundo.

Vemos así que el Occidente no puede ser encontrado recurriendo a una brújula. Los límites geográficos ayudan a localizarlo, pero de cuando en cuando se modifican. Antes bien, el Occidente es un término cultural, pero con una muy poderosa dimensión diacrónica. Empero, no sólo se trata de una idea: es una comunidad. Implica una estructura histórica y, a la vez, una historia estructurada. Durante muchos siglos se le pudo identificar sencillamente como los pueblos de la cristiandad occidental. De hecho, entre los siglos XI y XV la comunidad de esos pueblos se manifestó en su lealtad común a una sola autoridad espiritual: la Iglesia de Roma.

Como cultura histórica, como civilización, el Occidente debe distinguirse no sólo del Oriente, sino también de varias culturas "preoccidentales", a las cuales "retornó" en varios períodos de "renacimiento". Tales retornos y resurgimientos son característicos del Occidente. No se les debe confundir con los modelos en que se inspiraron. "Israel", "Grecia" y "Roma" fueron los antepasados espirituales de Occidente, no por un proceso de supervivencia o sucesión, sino, ante todo, por un proceso de adopción: el Occidente los adoptó como sus antepasados. Más aún: los adoptó selectivamente: distintas partes en diversas épocas. Cotton Mather no era hebreo, Erasmo no era griego y los juristas romanos de la Universidad de Bolonia no eran romanos.

Desde luego, parte del derecho romano sobrevivió en el derecho consuetudinario germánico y —lo que es más importante— en el derecho de la Iglesia; algo de la filosofía griega también sobrevivió en esta última; desde

¹ Véanse las notas a partir de la página 591.

luego, la Biblia hebrea sobrevivió como Antiguo Testamento. Pero tales supervivencias sólo explican una parte pequeña de su influencia sobre el derecho, la filosofía y la teología occidentales. Lo que puede explicar la mayor parte de su influencia son los redescubrimientos, los reexámenes y las recepciones de los textos antiguos. La sabiduría antigua ha sobrevivido sin interrupción, pero sólo a condición de haberse transformado. Esto es de importancia especial para una comprensión del redescubrimiento y el resurgimiento del derecho romano: ni haciendo el mayor esfuerzo de imaginación podríamos identificar el sistema jurídico, por ejemplo, de la ciudad libre de Pisa en el siglo XII, que adoptó muchas de las reglas del derecho romano encontradas en los recién redescubiertos textos del emperador bizantino Justiniano, con el sistema jurídico del Imperio en que reinó éste. Las mismas fórmulas tenían significados muy diferentes.

Desde esta perspectiva, el Occidente no es Grecia ni Roma o Israel, sino los pueblos de la Europa occidental regresando a los textos griegos, romanos y hebreos en busca de inspiración, y transformando esos textos en formas que habrían asombrado a sus autores. Desde luego, tampoco el Islam es parte del Occidente, a pesar de que sí hubo poderosas influencias árabes en la filosofía y la ciencia occidentales —aunque no sobre las instituciones jurídicas occidentales—, especialmente en el período que interesa a nuestro estudio.

A decir verdad, cada uno de los antiguos ingredientes de la cultura occidental se transformó al mezclarse con los demás. Lo asombroso es que elementos tan antagónicos pudiesen unirse en una sola cosmovisión. La cultura hebrea no toleraría la filosofía griega o el derecho romano; la cultura griega no toleraría el derecho romano ni la teología hebrea; la cultura romana no admitiría la teología hebrea y se resistió a grandes partes de la filosofía griega. Pese a todo, el Occidente, a finales del siglo XI y comienzos del XII, combinaba los tres, y, con ello, los transformó a todos.

Un tanto más discutible es la distinción entre el Occidente y la cultura de las tribus germánicas y otras de Europa de antes del siglo XI. Si Occidente fuese un término geográfico habría que incluir esa cultura antigua; en realidad, tendríamos que comenzar, como casi todos los estudios de la historia de Europa, con las guerras gálicas de Julio César, con la invasión del Imperio romano por los pueblos germánicos, con el surgimiento de la monarquía franca y con Carlomagno y Alfredo el Grande, antes de llegar a la Reforma gregoriana, la "Querella de las Investiduras" y lo que suele llamarse la Alta Edad Media o el Renacimiento del siglo XII (aunque en realidad comenzó en la segunda parte del XI). Hablar de los pueblos germánicos de Europa como "preoccidentales" puede sonar raro a algunos oídos. Y, sin embargo, hubo una radical discontinuidad entre la Europa anterior a los años 1050-1150 y la Europa posterior a ese período.

Por último, en relación con el significado de la palabra "occidental", hay que decir que, al menos para analizar y explicar las instituciones jurídicas,

no debe hacerse una distinción marcada entre "occidental" y "moderno"; y además, que lo "moderno" debe diferenciarse de lo "contemporáneo", aplicando el término "moderno" al periodo anterior a las dos guerras mundiales y el de "contemporáneo" al transcurrido desde 1945. Uno de los propósitos de este estudio es mostrar que, en Occidente, los tiempos modernos —no sólo las instituciones jurídicas modernas y los valores jurídicos modernos, sino también el Estado moderno, la Iglesia moderna, la filosofía moderna, la universidad moderna, la literatura moderna y muchas otras cosas modernas— tienen su origen en el periodo 1050-1150, y no antes.

El término "jurídico", como el término "occidental", tiene una historia. En estos días, el "derecho" suele definirse como un "conjunto de reglas". A su vez, se piensa que las reglas se derivan de estatutos y, donde se reconoce la jurisprudencia, a partir de decisiones de los tribunales. Sin embargo, desde este punto de vista no podría haber un "derecho occidental", ya que no hay legislatura ni tribunal occidental. (Por la misma razón, no podría existir un "derecho norteamericano", sino tan sólo la ley federal de los Estados Unidos y la ley estatal de cada uno de los 50 estados.) Semejante definición del derecho es demasiado estrecha para cualquier estudio que abarque los sistemas jurídicos de todos los países de Occidente en todos los diversos periodos de la historia occidental, y que no sólo se preocupe por la ley de los libros, sino también por la ley en acción. La ley en acción abarca instituciones y procedimientos jurídicos, valores jurídicos y conceptos y modos de pensamiento jurídicos, así como reglas jurídicas. Abarca lo que a veces se ha llamado "el proceso legal", o lo que en Alemania se ha llamado *Rechtsverwirklichung*, la "realización" del derecho.

Lon L. Fuller ha definido el derecho como "la empresa de someter la conducta humana al gobierno de las reglas".² Esta definición subraya, atípidamente, la supremacía de la actividad jurídica sobre las reglas jurídicas. Y, sin embargo, yo iría más lejos, añadiendo al propósito de la empresa no sólo hacer y aplicar las reglas, sino también otros modos de gobierno, incluso votar, dar órdenes, nombrar funcionarios y dictar sentencias. Asimismo, el derecho no sólo tiene entre sus propósitos el gobierno, en el sentido usual del término: es una empresa destinada a facilitar acuerdos voluntarios mediante la negociación de transacciones, la emisión de documentos (por ejemplo, instrumentos de crédito o escrituras de propiedad), y el cumplimiento de otros actos de naturaleza jurídica. El derecho en acción consiste en personas que legislan, adjudican, administran, negocian y efectúan otras actividades legales. Es un proceso vivo de asignar derechos y deberes, resolviendo así conflictos y creando canales de cooperación.

Tan vasto concepto del derecho es necesario para comparar, dentro de un solo marco, los muchos y específicos sistemas jurídicos que han existido en Occidente durante tantos siglos. También es menester para explorar las interrelaciones de estos sistemas con otras instituciones, valores y conceptos políticos, económicos y sociales.

Me he tomado la libertad de definir el derecho en términos generales, sin referencia a las instituciones, valores y conceptos jurídicos particulares que caracterizan la tradición jurídica occidental. Al hacerlo, me propuse responder a aquellos que, por haber definido demasiado estrechamente el derecho, a saber, como un conjunto de reglas, obstruyen nuestra comprensión de cómo surgió la tradición jurídica occidental, del impacto que sobre ella tuvieron las grandes revoluciones de la historia occidental y de su situación actual. El concepto de derecho como tipo particular de empresa en que las reglas sólo desempeñan una parte, cobra significado en el contexto del auténtico desarrollo histórico del derecho vivo en una cultura dada.

Hablar de una "tradición" de derecho en Occidente es llamar la atención hacia dos importantes hechos históricos: primero, que a fines del siglo XI y en el curso del XII, con excepción de ciertos periodos de cambio revolucionario, las instituciones jurídicas en Occidente se desarrollaron continuamente a lo largo de generaciones y siglos: cada generación edificaba consistentemente sobre la labor de generaciones anteriores; y, segundo, que este proceso consciente de desarrollo continuo es concebido (o en un tiempo lo fue) como proceso no simplemente de cambio, sino de desarrollo orgánico. Hasta las grandes revoluciones nacionales del pasado —la Revolución rusa de 1917, las revoluciones francesa y norteamericana de 1789 y 1776, la Revolución inglesa de 1640, la Reforma alemana de 1517— acabaron por hacer la paz con la tradición jurídica que ellas mismas o algunos de sus dirigentes se habían propuesto destruir.

El concepto de desarrollo orgánico consciente fue aplicado en los siglos XI y XII a las instituciones. En este contexto, el término "instituciones" significaba disposiciones estructuradas para cumplir con tareas sociales específicas. Por ejemplo, las universidades son instituciones para transmitir la educación superior y preparar a profesionales; los departamentos financiero y judicial de gobierno son instituciones para administrar los impuestos y la justicia, respectivamente; el sistema jurídico es un sistema estructurado de disposiciones, uno de cuyos primeros propósitos es dar guía a los diversos departamentos de gobierno, así como al pueblo en general, sobre lo que está permitido y lo que está prohibido. En el Occidente de los siglos XI y XII, no sólo las recién creadas universidades, tesorías y tribunales y los sistemas jurídicos fueron considerados como instituciones en desarrollo, sino que también la Iglesia llegó a ser vista así y lo mismo estructuras seculares como los gobiernos urbanos y real.

Pensando que el carácter de estas diversas instituciones era un continuo, se esperaba que se adaptaran gradualmente a situaciones nuevas, que se reformaran y crecieran sobre muy prolongados periodos. En parte, tal crecimiento era planado: por ejemplo, muchas catedrales fueron planeadas para ser construidas a lo largo de generaciones y de siglos; tenían presupuesto, literalmente, para mil años. En cierto modo, el crecimiento no

era tan planeado cuanto administrado: administradores y legisladores revisaban la obra de sus predecesores, los discípulos se ponían a mejorar la obra de sus maestros, los "comentadores" sucedían a los "glosadores". En parte diríase que el crecimiento, más que planeado o administrado, simplemente sucedía: por ejemplo, los arquitectos "combinaban" lo románico con lo normando, y de ahí "surgió" el gótico temprano, que fue "desarrollándose" hasta ser el gótico tardío, y así sucesivamente.

Como lo dice Robert Nisbet, nadie ve a una sociedad "crecer", "desarrollarse", "decaer" o "morir".³ Todas éstas son metáforas. No obstante, la idea de que una sociedad cualquiera, en un tiempo dado, está, en efecto, creciendo o desarrollándose, o decayendo o muriendo, es muy real. En la época formativa de la tradición jurídica occidental la antigua creencia agustiniana de que la sociedad, la "ciudad terrenal", está en continua decadencia, fue modificada por una nueva fe en que las instituciones sociales son capaces de nacer, desarrollarse y reproducirse. Más aún, se concibió este proyecto como uno en que generaciones sucesivas participaban consiente y activamente. Como lo expuso Goethe, la tradición no se hereda: hay que conquistarla.

El gran historiador inglés F. W. Maitland empleó la metáfora biológica del crecimiento para describir los cambios ocurridos en el derecho inglés, en relación con las formas de acción en el siglo XII y después. Escribió:

Nuestras formas de acción no son simples rúbricas ni categorías muertas; no son el resultado de un proceso de clasificación que se haya aplicado a materiales ya existentes. Son institutos del derecho; son —lo decimos sin escrúpulo— seres vivos. Cada uno de ellos vive su propia vida, tiene sus propias aventuras, goza de un periodo corto o largo de vigor, utilidad y popularidad, y luego se hunde, acaso en una vejez decrepita y solitaria. Algunos son abortados, otros son estériles, otros viven para ver en altos lugares a sus hijos, y a los hijos de sus hijos. Entre ellos es feroz la lucha por la vida, y sólo los más aptos sobreviven.⁴

Así, se dice que la transgresión (*trespass*) —a la que Maitland llamó "prolífica madre de acciones"— "dio a luz", "hizo surgir" o "arrojó"— dependiendo en parte de nuestro gusto por las metáforas, y en parte de nuestro concepto de la continuidad orgánica— la transgresión por asalto y agresión, la transgresión a bienes muebles, la transgresión de tierras, y muchas otras acciones de transgresión. También fue "fuente de" transgresión del caso, aunque ahí el retoño difirió muy considerablemente de su progenitor.⁵ Los estudiosos han dibujado un árbol para representar las formas de acción, asignándoles un tronco y ramas y fechas, como un árbol genealógico. ¿Simple recurso pedagógico? ¿O, tal vez, forma de animismo?

Tal vez sea útil hacer una analogía entre el desarrollo del derecho así concebido y el desarrollo de la música. Desde los siglos XI y XII la música monofónica, reflejada principalmente en el canto gregoriano, fue siendo gradualmente suplantada por los estilos polifónicos. Se desarrolló así la

música en dos partes, tres partes y, por último, cuatro partes. El estilo contrapuntístico, ejemplificado en el motete del siglo XIII, evolucionó hasta llegar a ser el estilo armónico del *ars nova* del siglo XIV, ejemplificado en la balada. Con el tiempo, contrapunto y armonía se combinaron. El siglo XVI presenció el desarrollo de los grandes corales protestantes alemanes que, junto con los madrigales italianos e ingleses y otras formas, ofrecieron una base para la ópera, la cual apareció por vez primera en Italia a finales del siglo XVI y comienzos del XVII. Tiempo después, la música renacentista cedió el lugar a la música barroca, la barroca a la clásica, etc. Y ningún músico contemporáneo, por muy independiente que sea, puede permitirse no conocer esta historia. Hubo un tiempo, no hace mucho, en que, de manera similar, se pedía a un buen jurista conocer la historia del desarrollo de las instituciones jurídicas.

Por supuesto, no cualquier cambio se considera como un desarrollo. Podría decirse que algunos cambios obstaculizaron el desarrollo. Por ejemplo, no puede afirmarse que el juicio por ordalía y el juicio por combate hicieran surgir el juicio por jurados, o que la acción civil por transgresión de propiedad inmobiliaria brotara de la apelación de felonía (una queja en el derecho consuetudinario). Los juicios por ordalía y por combate y la apelación de felonía eran de carácter tribal y feudal; el jurado y la transgresión fueron reales.

Además, los primeros apenas sobrevivieron al aparecer los últimos, mientras que el concepto de un desarrollo orgánico presupone que el padre continúa viviendo junto con los retoños. Es diferente del concepto de causación. No fue el juicio por ordalía sino su abolición lo que hizo surgir el jurado en casos penales.

Al mismo tiempo, el desarrollo consciente no significa por fuerza un avance deliberado hacia determinadas metas ideales. Significa algo menos que el progreso moral, aunque a veces más que un simple cambio o acumulación. Desde luego, la reforma jurídica ha sido rasgo recurrente de la tradición jurídica occidental desde su época formativa. No obstante, consideramos la reforma misma como una parte de lo que yo he llamado el carácter *continuo* de la tradición, su consciente continuidad en el tiempo.

Las características principales de la tradición jurídica occidental pueden resumirse, de manera preliminar, como sigue:

1. Se establece una distinción relativamente marcada entre las instituciones *legales* (incluyendo los procesos legales como la legislación y la adjudicación, así como las reglas y conceptos legales que se generan en esos procesos) y *otros tipos de instituciones*. Aunque la ley sigue poderosamente influida por la religión, la política, la moral y la costumbre, sin embargo, es analíticamente distinguible de ellas. Por ejemplo, la costumbre, en el sentido de habituales pautas de conducta, se distingue del derecho consuetudinario en cuanto a que las normas habituales de conducta son consideradas legalmente obligatorias. De manera similar, la política y la moral pueden

determinar la ley, pero no se la considera el derecho, como en algunas otras culturas. En Occidente, aunque desde luego no sólo en él, se considera que el derecho tiene un carácter propio, una cierta autonomía relativa.

2. En relación con lo marcado de esta distinción está el hecho de que la administración de las instituciones jurídicas en la tradición legal occidental se ha confiado a un cuerpo especial de personas, que se dedican a actividades jurídicas con una base profesional y como ocupación de tiempo más o menos completo.

3. Los profesionales del derecho, ya sean típicamente llamados abogados, como en Inglaterra y los Estados Unidos, o juristas, como en casi todos los demás países occidentales, reciben una preparación especial en un cuerpo formal de alta cultura identificado como preparación jurídica, con su propia bibliografía profesional y sus propias escuelas profesionales u otros lugares de enseñanza.

4. El cuerpo de cultura legal en que se prepara a los especialistas se encuentra en relación compleja y dialéctica con las instituciones jurídicas, ya que por una parte la cultura describe esas instituciones pero, por otra, las instituciones jurídicas, que de otra manera serían heteróclitas y desorganizadas, quedan conceptualizadas y sistematizadas y con ello se transforman por lo que se dice de ellas en los tratados y artículos especializados y en las aulas. En otras palabras, el derecho no sólo incluye instituciones legales, órdenes legales, decisiones legales y similares, sino también lo que los especialistas en la ley (incluyendo en ocasiones a jurisconsultos, jueces y otros funcionarios que hablan o escriben como especialistas en derecho), dicen acerca de esas instituciones, órdenes y decisiones legales. El derecho contiene, en sí mismo, una ciencia legal, un metaderecho, por el cual puede ser a la vez analizado y evaluado.

Las cuatro primeras características de la tradición jurídica occidental son compartidas por la tradición del derecho romano tal como se desarrolló en la República romana y en el Imperio romano desde el siglo II a. C. hasta el siglo VIII d. C., y después. En cambio, no las comparten muchas culturas contemporáneas no occidentales ni estuvieron presentes en el orden jurídico que prevaleció entre los pueblos germánicos de la Europa occidental antes del siglo XI. El derecho germánico estuvo imbuido en la vida política y religiosa y en la costumbre y la moral, como lo está el derecho, aún hoy, en muchas comunidades informales como la escuela, el vecindario, la fábrica y la aldea. Ni en el Imperio franco ni en la Inglaterra anglosajona ni en ningún lugar de la Europa de entonces se estableció una marcada distinción entre normas y procedimientos legales, por una parte, y normas y prácticas religiosas, morales, económicas, políticas o de otra índole, por la otra. Desde luego, había leyes, y ocasionalmente colecciones de leyes, promulgadas por el rey; pero no había abogados ni jueces profesionales, no había profesionales de la jurisprudencia ni escuelas de derecho, no había libros de derecho ni una ciencia jurídica. Esto también podía decirse de la

Iglesia: el derecho canónico se había fundido con la teología, y salvo algunas colecciones un tanto primitivamente organizadas de cánones y los libros monásticos de castigos por pecados, no existía nada que pudiera llamarse una literatura del derecho eclesiástico.

5. En la tradición jurídica occidental se concibe el derecho como un todo coherente, como un sistema integrado, como un "cuerpo", y se supone que este cuerpo se desarrolla, a lo largo del tiempo, de generaciones y siglos. El concepto del derecho como un *corpus iuris* puede considerarse implícito en cada tradición jurídica en que el derecho es visto como algo distinto de la moral y de la costumbre; y a menudo se supone que semejante concepto no sólo estuvo implícito, sino también explícito en el derecho romano de Justiniano. Sin embargo, el enunciado *corpus iuris Romani* no fue empleado por los romanos, sino por canonistas y romanistas europeos de los siglos XII y XIII, quienes extrapolaron el concepto de la obra de aquellos que, uno o dos siglos antes, habían descubierto los antiguos textos de Justiniano y los enseñaban en las universidades europeas. La técnica escolástica del siglo XII consistió en reconciliar contradicciones y derivar conceptos generales a partir de reglas y casos, y fue la primera que hizo posible coordinar e integrar el derecho romano de Justiniano.⁶

6. El concepto de un cuerpo o sistema de derecho dependió, para su vitalidad, de la fe en el carácter continuado de la ley, en su capacidad de desarrollarse a lo largo de generaciones y siglos, concepto que es exclusivamente occidental. El cuerpo del derecho sólo sobrevive porque contiene un mecanismo integrado para el cambio orgánico.

7. Se cree que el desarrollo del derecho tiene una lógica interna; los cambios no sólo son adaptaciones de lo antiguo a lo nuevo, sino que también forman parte de una pauta de cambios. El proceso de desarrollo está sujeto a ciertas regularidades y, al menos en retrospectiva, refleja una necesidad interna. En la tradición jurídica occidental se presupone que los cambios no ocurren al azar; sino que proceden por una reinterpretación del pasado para satisfacer las necesidades actuales y futuras. El derecho no sólo es continuado; también tiene una historia. Nos cuenta una historia.

8. La historicidad del derecho va unida al concepto de su supremacía sobre las autoridades políticas. El cuerpo del derecho en desarrollo, a la vez en cualquier momento y a largo plazo, es concebido por algunos —aunque no por todos, y no necesariamente por la mayoría— como obligatorio para el Estado mismo. Aunque quedaría reservado a la Revolución norteamericana aportar la palabra "constitucionalismo"; desde el siglo XII en todos los países de Occidente, aun con monarquías absolutas, se ha dicho y aceptado, a menudo, que en algunos aspectos importantes el derecho trasciende a la política. Se dice que el monarca puede hacer la ley pero no puede hacerla arbitrariamente, y hasta que la haya modificado —legalmente— está obligado por ella.

9. Tal vez la característica más distintiva de la tradición jurídica occidental sea la coexistencia y competencia, dentro de una misma comunidad, de diversas jurisdicciones y diversos sistemas jurídicos. Es esta pluralidad de jurisdicciones y de sistemas legales la que hace que la supremacía del derecho sea, a la vez, necesaria y posible.

El pluralismo jurídico se originó en la diferenciación de la comunidad eclesiástica y las comunidades seculares. La Iglesia se declaró libre del dominio secular, reclamó su jurisdicción exclusiva en algunos asuntos y su jurisdicción competente en otros. Los laicos, aunque gobernados en general por el derecho secular, estaban sometidos al derecho eclesiástico y a la jurisdicción de los tribunales eclesiásticos en cuestiones de relaciones matrimoniales y familiares, herencias, delitos espirituales, relaciones contractuales en que interviniera la fe y cierto número de otros asuntos. A la inversa, el clero, aunque gobernado generalmente por el derecho canónico, estaba sometido al derecho secular y a la jurisdicción de los tribunales seculares con respecto a ciertos delitos, algunos tipos de disputas por propiedad y casos similares. El propio derecho secular estaba dividido en varios tipos de competencia, incluyendo el derecho real, el derecho feudal, el derecho señorial, el derecho urbano y el derecho mercantil. Una misma persona podía estar sujeta a los tribunales eclesiásticos en cierto tipo de casos, al tribunal del rey en otro, al tribunal de su señor en un tercero, al derecho señorial en un cuarto, al tribunal de su poblado en un quinto y a un tribunal mercantil en un sexto.

La complejidad misma de un orden jurídico común que contenía diversos sistemas jurídicos contribuyó al refinamiento de la jurisprudencia. ¿Qué tribunal tiene jurisdicción? ¿Qué ley es aplicable? ¿Cómo reconciliar las diferencias legales? Tras las cuestiones técnicas se encontraban importantes consideraciones políticas y económicas: la Iglesia contra la corona, la corona contra el poblado, el poblado contra el señor, el señor contra el mercader, etcétera. El derecho era un modo de resolver los conflictos políticos y económicos. Pero el derecho también podía servir para exacerbarlos.

El pluralismo del derecho occidental, que ha reflejado y a la vez reforzado el pluralismo de la vida política y económica de Occidente, ha sido o en un tiempo fue causa de desarrollo o crecimiento: crecimiento legal así como crecimiento político y económico. También ha sido o en un tiempo fue fuente de libertad. Un siervo podía ir al tribunal del poblado en busca de protección contra su amo. Un vasallo podía correr al tribunal del rey en busca de protección contra su señor. Un clérigo podía acudir al tribunal eclesiástico en busca de protección contra el rey.

10. Existe una tensión entre los ideales y las realidades, entre las cualidades dinámicas y la estabilidad, entre la trascendencia y la immanencia de la tradición jurídica occidental. Esta tensión ha conducido, periódicamente, a un violento derrocamiento de los sistemas legales por medio de una revolución. No obstante, la tradición jurídica, más grande que cual-

quiera de los sistemas legales que la integran, sobrevivió y, en realidad, fue renovada por esas revoluciones.

EL DERECHO Y LA HISTORIA

Seguir la evolución de la tradición jurídica occidental, y aceptarla, es enfrentarnos a teorías implícitas tanto del derecho como de la historia que ya no gozan de gran aceptación, al menos en las universidades. Las teorías que aún prevalecen plantean graves obstáculos para apreciar esa evolución.

El concepto convencional del derecho como un cuerpo de reglas derivadas de estatutos y de decisiones de los tribunales —que refleja una teoría de la fuente última del derecho en la voluntad del legislador ("el Estado")— es totalmente inadecuado como base para el estudio de una cultura jurídica transnacional. Hablar de la tradición jurídica occidental es postular un concepto del derecho no como cuerpo de reglas, sino como proceso, como empresa, en que las reglas sólo tienen sentido en el contexto de instituciones y procedimientos, valores y modos de pensamiento. Desde esta perspectiva más vasta, las fuentes de la ley no sólo incluyen la voluntad del legislador, sino también la razón y la conciencia de la comunidad, sus costumbres y usos. Ésta no es la visión prevaleciente del derecho. Pero no es heterodoxa: solía decirse no hace mucho tiempo que hay cuatro fuentes de la ley: legislación, precedente, igualdad y costumbre.⁷ En la era formativa de la tradición jurídica occidental no había tanta legislación, ni con mucho, ni tanto precedente, como llegaría a haber en siglos posteriores. El grueso de la ley se derivaba de la costumbre, que era considerada a la luz de la equidad (definida como razón y conciencia). Es necesario reconocer que costumbre y equidad son tanto ley como estatutos y decisiones, si hemos de seguir y aceptar la historia de la tradición jurídica occidental.

Por encima de todo eso es necesario reconocer que el derecho en Occidente está formado en sistemas legales integrados, en cada uno de los cuales los diversos elementos constituyentes reciben, en parte, su significado del sistema en conjunto. Además, se supone que cada sistema está en desarrollo; por tanto, el significado de cada elemento constituyente no sólo se deriva de lo que el sistema ha sido en el pasado, sino también de lo que llegará a ser en el futuro. Tampoco éstas son verdades convencionales de la prevaleciente "jurisprudencia analítica", la cual postula a un soberano que da órdenes en forma de reglas y que impone sanciones por no aplicarlas como "él quiso" que fueran aplicadas: lo que Max Weber llamó la "racionalidad formal" y el "formalismo lógico" del derecho occidental. Y en general se considera que ésta es una descripción adecuada, tanto entre quienes están contra el formalismo, como entre quienes lo defienden. Weber pensó que explicaba la utilidad del derecho para el desarrollo del

capitalismo. Semejante concepto del derecho es un obstáculo formidable para una comprensión de la historia de la tradición jurídica occidental, que se originó en lo que suele verse como la época del feudalismo, y que brotó de la separación de la Iglesia y del orden secular. Se ha solido pasar por alto el hecho de que el nuevo sistema de derecho canónico, creado a fines del siglo XI y el XII, constituyó el primer sistema jurídico occidental moderno, tal vez precisamente porque no embonaba en las prevalecientes teorías sobre la naturaleza del derecho.

Si la jurisprudencia analítica o, como más a menudo se le llama hoy, el positivismo legal, es una base teórica inadecuada para captar la narración del desarrollo de las instituciones jurídicas occidentales, ¿cuál o cuáles teorías nos ofrecerían una base mejor? Las principales alternativas presentadas por la propia filosofía jurídica occidental son la "teoría del derecho natural" y la "jurisprudencia histórica". Además, en años recientes ha surgido una nueva escuela llamada "jurisprudencia sociológica". Desde luego, todas estas escuelas tienen muchas variantes. Y, sin embargo, cada teoría, en sí misma, sólo enfoca un aspecto de la verdad. Ninguna de ellas por sí sola nos ofrece una base para comprender la historia del derecho en Occidente. La historia de la tradición jurídica occidental es ella misma, en parte, una historia del surgimiento y el choque de estas diversas escuelas de filosofía legal. No explican la historia; es la historia la que las explica a ellas: por qué surgieron, y por qué diferentes escuelas han prevalecido en diferentes lugares y épocas.

En la era formativa de la tradición jurídica occidental predominó la teoría del derecho natural. En general se creía que el derecho humano se derivaba, en última instancia, de la razón y la conciencia, y que sólo mediante ellas se le podía poner a prueba. De acuerdo no sólo con la filosofía legal de la época, sino también con el propio derecho positivo, con cualquier derecho positivo, fuese aplicado o consuetudinario, debía armonizar con el derecho natural, o de otra manera carecería de validez como ley, y se le podría pasar por alto. Esta teoría tenía su base en la teología cristiana, así como en la filosofía aristotélica. Pero también tenía una base en la historia de la lucha entre las autoridades eclesiásticas y las seculares, así como en la política del pluralismo. Podemos compararla con la teoría que acompaña a la ley de los Estados Unidos, según la cual todo derecho positivo debe estar en armonía con los requerimientos constitucionales de "proceso debido", "igual protección", "libertad", "intimidad" y similares; de otra manera perderá su validez. El "debido proceso de ley" es, en realidad, una expresión de la Inglaterra del siglo XIV, para significar derecho natural. De este modo, la teoría del derecho natural se encuentra escrita en el derecho positivo de los Estados Unidos; sin embargo, esto no nos impide darle una explicación política ("positivista"). Es bastante fácil mostrar que el Estado, o los poderes que sean, o la clase gobernante, se benefician de la cláusula del debido proceso y así "quieren" que sea.

De manera similar, la jurisprudencia histórica —la teoría de que el derecho deriva su significado y su autoridad de la historia pasada del pueblo cuyo derecho constituye, a partir de sus costumbres, del genio de sus instituciones, de sus valores históricos, de precedentes— se ha edificado en el sistema jurídico inglés desde la Revolución inglesa del siglo XVII. No obstante, la filosofía jurídica inglesa ha oscilado entre el positivismo y la teoría del derecho natural, y la jurisprudencia histórica ha tenido relativamente pocos partidarios, al menos en el siglo XX. Alemania —que, en contraste con Inglaterra, creó su derecho nacional, especialmente en el siglo XIX, no tanto a partir de sus instituciones jurídicas históricas cuanto de un derecho romano recibido y "ajeno"— ha sido la patria de la jurisprudencia histórica, en cuyo nombre los más grandes juristas alemanes han cantado las loas del derecho alemán como reflejo del espíritu de su pueblo.

De este modo, la historia jurídica occidental ha sido el vivero de toda una variedad de escuelas de filosofía jurídica, algunas de las cuales han predominado en algunos tiempos y lugares, y otras en otros, a menudo por razones paradójicas, como por reacción ideológica contra las realidades legales existentes. Por tanto, los estudiantes de la historia jurídica occidental deben estar prevenidos contra las limitaciones de cada una de las escuelas en particular. Sería más apropiado, y más "occidental", utilizarlas a todas como pantalla que debe colocarse sucesivamente ante la experiencia histórica, y no tratar de utilizar la historia como apoyo para alguna de ellas.

Si varias escuelas de la teoría jurídica plantean obstáculos a un entendimiento o una aceptación de la historia de la tradición jurídica occidental, mucho mayores obstáculos plantean las diversas teorías de la historia, incluso de la historia legal. Estas teorías tratan de cuestiones sobre si la historia tiene un significado o una dirección; si se justifica la periodización de la historia y, en caso afirmativo, sobre qué bases; si podemos hablar de "leyes de la historia" o de una causación histórica en algún sentido (por ejemplo, la base económica y la superestructura ideológica, o la supremacía del poder); y, en un nivel un poco inferior de generalización, de preguntas concernientes a la relación de la historia de cada nación en particular, de la historia de Occidente en conjunto; del papel de las grandes revoluciones en la historia universal; y del significado de conceptos como "medieval" y "moderno", "feudalismo" y "capitalismo".

Aunque se puede narrar la historia del origen y del temprano desarrollo de la tradición jurídica occidental sin tratar de resolver estas grandes cuestiones historiográficas, sí es necesario detenerse brevemente en varias preguntas teóricas concernientes a la historia en general y a la historia occidental en particular, para disipar ciertos prejuicios comunes acerca de ella. Además, la historia misma ilumina en forma notable algunas de esas preguntas teóricas.

Preguntas sobre el significado y la dirección en la historia y preguntas sobre la periodización surgen inevitablemente de las circunstancias

dramáticas en que nació la tradición jurídica occidental. Los actores de este drama no tenían ninguna duda de que estaban realizando un destino histórico. Desde luego, su confianza no refuta, por sí misma, la posición, adaptada hoy por muchos, de que la historia no tiene significado, de que los cambios en la historia fueron hechos al azar y de que la periodización es arbitraria. Sin embargo, quienes llegan hasta rechazar todo significado de la historia, toda dirección y toda periodización, no debieran poner a la historia aquí narrada objeciones mayores de las que pondrían a relatos más convencionales que simplemente atribuyen menos significado a los mismos acontecimientos y realidades, menos dirección y una periodización menos estricta. Si toda periodización es arbitraria, entonces un análisis del surgimiento de las "modernas" instituciones legales y políticas "a finales del siglo xi" no es más arbitrario que el convencional análisis que insiste en que todo antes del "siglo xvi" es "medieval", y que no hay una discontinuidad radical en el periodo de 1050 a 1150 o 1200. Asimismo, quienes creen que no hay pautas en el desarrollo histórico de las instituciones de Occidente, no debieran desanimarse por un relato que ve una interacción entre la revolución y la evolución a lo largo de generaciones y de siglos, más de lo que ya están por los relatos que sólo ven revolución o sólo evolución.

Quienes tendrán más dificultades con la historia aquí narrada son aquellos que nunca se han enfrentado directamente a los problemas de significado y dirección y periodización, sino que acríticamente aceptan la historiografía convencional que se ha venido enseñando desde el siglo xvi. Esta visión simplemente supone que la historia universal se divide en tres periodos: antiguo, medieval y moderno. La historia antigua es la historia de Grecia y de Roma. La decadencia de Roma, debida a las invasiones de los bárbaros, produjo una época medieval, que duró aproximadamente del siglo v al xv. Entonces empezaron los tiempos modernos; algunos dirían que con el Renacimiento, otros que con la Reforma y, otros más, que con ambos. Quienes escogen la Reforma pueden narrar una historia un tanto distinta. La antigua Israel fue introducida en el cuadro del mundo antiguo. La Edad Media será definida por el periodo transcurrido entre la Iglesia primitiva, y la ruptura de Lutero con Roma. Sin embargo, los protestantes se unirán a los humanistas diciendo que el arte y el pensamiento occidentales se remiten a Grecia, y que la política y el derecho occidentales se remiten a Roma. Por último, bajo la influencia de la Ilustración, todos convendrán en que aun cuando Grecia y Roma, y tal vez la antigua Israel, forman el trasfondo histórico de la civilización occidental, la historia que verdaderamente cuenta es la historia de naciones en particular, especialmente de los Estados Unidos, Inglaterra, Francia y Alemania.

Este concepto del pasado tiene gran significado, gran dirección y gran periodización. Sin embargo, es absolutamente incongruente con las mejores investigaciones históricas de los últimos cinco decenios. Esa investi-

gación ha hecho retroceder la "época de las tinieblas", desde el periodo anterior a 1450-1500, al periodo anterior a 1050-1100. Hoy, hasta los historiadores más conservadores hacen una clara distinción entre la Baja Edad Media y la Alta Edad Media. Además, hoy se ha rechazado en gran parte la antes postulada continuidad de la historia de los pueblos germánicos en la Baja Edad Media con la historia del Imperio romano y con la historia romana y griega en general. Se ha demostrado que el gran resurgimiento de la filosofía griega y el derecho romano a finales del siglo xi y durante el xii y el xiii forma parte de un cambio crítico tanto en la historia de la Iglesia occidental como en la de las naciones de Europa, y que también estuvo relacionado con el nacimiento de las ciudades en ese continente y con otros cambios sociales y económicos fundamentales.

Pero aquí, cualesquiera que sean las pruebas, muchas personas sentirán dudas y frustración. Tal vez se dirán: "Pautas y regularidades pueden ser necesarias en la historia —aunque no vayan más allá de los hechos—, ya que sin ellas ésta no existiría, pero las discontinuidades radicales son innecesarias y hasta innaturales. La naturaleza no da saltos. Pero aun si la historia de Occidente a veces ha dado saltos, como en la Revolución rusa, la Revolución francesa y la Reforma protestante, el que una discontinuidad radical haya ocurrido a mediados de la 'Edad Media' no sólo parece anti-natural, sino también sin precedente e insólito. Resultaría incongruente, a la luz de lo que se nos ha enseñado acerca de la Edad de la Fe. ¿Por qué no hemos de seguir creyendo que las diferencias entre la sociedad europea del año 1500 y la del año 500 fueron resultado de una larga serie de pequeños cambios, con algunos periodos de mayor aceleración pero sin cambios radicales en una sola generación o en un sólo siglo? ¿Por qué no seguir creyendo que las ciudades fueron gradualmente fundadas (o resurgieron) a lo largo de 10, de cinco o al menos tres siglos, y no súbitamente, sobre 80 o 90 años; que el Papa llegó a ser supremo juez y legislador en la Iglesia gradualmente a lo largo de 10 siglos, y no de súbito en tres generaciones; que el emperador y los reyes de Europa fueron perdiendo gradualmente sus funciones y su carácter taumatúrgico, no como resultado de un abierto conflicto político y religioso, sino de cambios paulatinos en las actitudes?"

Un estudio de los orígenes de la tradición jurídica occidental corregiría este prejuicio ideológico en favor del cambio paulatino. Dado que el derecho se modifica con mayor lentitud que casi ninguna otra institución política, no esperaríamos, habitualmente, cambios rápidos y espectaculares en un sistema legal. No obstante, todo el que investigue alguno de los sistemas jurídicos de Europa, primero en el periodo de 1000-1050, y luego en el de 1150-1200, encontrará una enorme transformación. Y esto puede decirse, ante todo, de la ley de la Iglesia.

Desde luego, hablar de un cambio revolucionario dentro de la Iglesia de Roma es desafiar la opinión ortodoxa (aunque no la ortodoxa oriental) de que la estructura de la Iglesia católica romana es resultado de una gra-

dual elaboración de elementos que habían estado presentes desde tiempos muy antiguos. Ésta fue, en realidad, la visión oficial de los reformadores católicos de finales del siglo xi y comienzos del xii: dijeron que se remontarían a una tradición anterior que había sido traicionada en los últimos tiempos. De hecho, el mito del retorno a una época pasada es el sello de todas las revoluciones europeas. También Lutero predicó un retorno a los principios del cristianismo que después habrían sido traicionados por el papado. Los puritanos ingleses, encabezados por Cromwell, predicaron una restauración de las "antiguas libertades inglesas" después de 150 años de despotismo de los Tudor. La Revolución francesa se remontó a la Antigüedad clásica y a un estado de naturaleza para combatir el feudalismo y los privilegios aristocráticos. Los bolcheviques rusos predicaron un retorno a la sociedad sin clases de las tribus primitivas previas al establecimiento de la propiedad.

Y, a pesar de todo, una transformación radical de un sistema jurídico es cosa paradójica, ya que uno de los propósitos fundamentales de la ley es ofrecer estabilidad y continuidad. Más aún, el derecho —en todas las sociedades— recibe su autoridad de algo que está fuera de sí mismo, y si un sistema jurídico pasa por cambios rápidos, entonces inevitablemente se plantean preguntas sobre la legitimidad de las fuentes de su autoridad. En el derecho, el cambio súbito en grande escala —el cambio revolucionario— es, de hecho, "antinatural". Y cuando ocurre, hay que hacer algo para impedir que vuelva a suceder. El nuevo derecho debe quedar firmemente establecido; debe ser protegido contra los peligros de otra discontinuidad. Y toda innovación debe quedar limitada a cambios paulatinos.

Éste ha sido, al menos, el curso del desarrollo jurídico occidental después de las transformaciones revolucionarias en gran escala que periódicamente ha sufrido, empezando a fines del siglo xi y comienzos del xii. Se le ha dado una dimensión histórica al nuevo sistema jurídico establecido por la revolución. En primer lugar, se considera que el nuevo sistema jurídico está arraigado históricamente en los hechos que lo produjeron. En segundo lugar, se considera que ha cambiado no sólo como respuesta a circunstancias nuevas, sino también de acuerdo con alguna pauta histórica. Se piensa que el derecho es un fenómeno histórico; que tiene lo que nosotros podemos llamar historicidad. No sólo debe evolucionar, sino también verse que evoluciona.

Sin embargo, la historicidad del derecho occidental no ha impedido el periódico estallido de revoluciones violentas que, desde luego, con el tiempo han retornado a la tradición jurídica histórica, pero al mismo tiempo la han transformado y enviado por nuevos derroteros.

La historicidad del derecho en Occidente no debe confundirse con el historicismo, en el sentido de esclavitud al "ciego poder" (según la expresión de Nietzsche) del pasado. No sólo el partidario de la escuela histórica de filosofía jurídica, sino también el positivista y el teórico del derecho natural

o, para el caso, el escéptico que cree que el derecho es, simplemente, el capricho del más fuerte, todos enfrentan instituciones y procedimientos jurídicos, valores jurídicos y conceptos y reglas legales que tienen, de hecho, una dimensión histórica. Obtienen su significado, en parte, de su historia. En ningún sistema jurídico occidental basta con intentar interpretar o explicar una regla legal (o concepto o valor o institución) apelando solamente a la lógica o a la comunidad o a la justicia; también se la debe interpretar y explicar, en parte, apelando a las circunstancias que la hicieron nacer y al curso de los acontecimientos que sobre ella han influido con el paso del tiempo. El método dogmático, el método político y el método de la equidad, siempre pueden ser complementados por el método histórico de su interpretación. La pluralidad de las fuentes del derecho protege así la historicidad y, al mismo tiempo, ayuda a rechazar un historicismo ciego.

El historicismo ciego también se ve frustrado por la pluralidad de historias imbricadas que constituyen la civilización occidental. No es "el pasado" en un sentido monolítico el que constituye la dimensión histórica del derecho, sino, antes bien, los tiempos pasados de las varias comunidades en que cada persona vive, y de los diversos sistemas legales que han producido esas comunidades. La "historia" se vuelve tiránica sólo cuando los diferentes regímenes legales de todas esas comunidades —local, regional, nacional, étnico, profesional, político, intelectual, espiritual y otros— han sido devorados por el derecho de la nación-Estado.

Éste es, de hecho, el más grande peligro inherente al nacionalismo contemporáneo. Las naciones de Europa, que se originaron en su interacción en el marco de la cristiandad occidental, se distanciaron más y más unas de otras en el siglo xix. Con la primera Guerra Mundial se apartaron violentamente y destruyeron los lazos comunes que las habían mantenido unidas, aunque fuese precariamente. Y a finales del siglo xx aún sufrimos por la historiografía nacionalista que se originó en el xix y que apoyó la desintegración de una común herencia jurídica occidental.

El surgimiento en el siglo pasado de la llamada historia científica, es decir, de la investigación sistemática y laboriosa de los hechos —que se ha querido sintetizar en la célebre frase de Ranke "*wie es eigentlich gewesen ist*" ("cómo ocurrió en realidad")— coincidió con el surgimiento del nacionalismo más intenso que Europa hubiese experimentado. Simplemente, se supuso que historia significaba historia nacional. La historia debía ser objetiva, pero debía ser la historia de la nación. En nuestro siglo ha habido cierto cambio al respecto. Los historiadores sociales y económicos se encontraron entre los primeros en derribar la barrera nacionalista y escribir acerca del Occidente en conjunto. Después de la primera Guerra Mundial, este enfoque fue extendido por algunos a la historia política. Hasta la historia jurídica europea llegó a ser tratada en términos transnacionales, aunque la historia jurídica inglesa y la norteamericana permanecieran sorprendentemente aisladas.

Es lamentable que casi no se hayan hecho intentos por integrar la historia jurídica inglesa y norteamericana al panorama de los sistemas jurídicos occidentales. Esta integración se ha vuelto sumamente difícil por el aislacionismo de los historiadores de la jurisprudencia inglesa y norteamericana, quienes además han tratado el tema de sus respectivas disciplinas de tal manera que desconciertan al extranjero, al que, de otra manera, habrían tratado de introducir. Aun para el período en que todas las naciones de Occidente, incluso Inglaterra, se encontraban dentro de la Iglesia católica romana, y no sólo vivían bajo el mismo sistema de derecho eclesiástico, sino que también tenían los más directos nexos intelectuales, culturales y políticos entre sí, el derecho inglés sigue siendo tratado por muchos historiadores de la jurisprudencia como si se encontrase fuera de la historia europea. Estos historiadores logran sostener su orientación nacionalista concentrándose en el llamado derecho común inglés, es decir, el derecho aplicado en los tribunales reales de Common Pleas y King's Bench, pasando por alto otros cuerpos de ley y otras jurisdicciones que existían en la Inglaterra de la época. Pero hasta el derecho común inglés, en este sentido estrecho, era similar en muchos aspectos al derecho real o ducal de Sicilia, Francia, los ducados alemanes y otros países de Europa.

Una vez dijo Edmund Burke que "las leyes de todas las naciones de Europa se derivan de las mismas fuentes". Según él, Inglaterra era parte de Europa. Para cuando la historia de la jurisprudencia se había vuelto cuestión de investigación científica, en cambio, se habían roto los nexos históricos de Inglaterra con la Europa continental. Esto produjo un exagerado interés en aquellas instituciones, valores, conceptos y reglas jurídicas que distinguen el derecho inglés de otros sistemas jurídicos occidentales. Ahora que Inglaterra se ha unido a la Comunidad Económica Europea podrá surgir una revisión de la historia jurídica inglesa que subraye las instituciones, procedimientos, valores, conceptos y reglas jurídicas que Inglaterra comparte con otros sistemas jurídicos occidentales.

En 1888, en su conferencia inaugural de la cátedra Downing en la Universidad de Cambridge, Maitland planteó la pregunta de "por qué no se ha escrito la historia del derecho inglés". Su respuesta fue, primero, "por causa del tradicional aislamiento del estudio del derecho inglés, ante cualquier otro estudio", y segundo, porque "la historia implica una comparación, y el jurista inglés que no sabía nada, ni le importaba nada de ningún sistema que no fuese el suyo, casi nunca tenía a la vista siquiera la idea de una historia jurídica". Y añadió:

Una de las causas de que tan poco se haya hecho por nuestro derecho medieval es, estoy seguro, nuestra completa y tradicional ignorancia ya consagrada del derecho francés y el alemán. Durante los últimos seis siglos, los abogados ingleses han exagerado esta unicidad de nuestra historia jurídica... Yo sé lo bastante para decir esto con toda confianza: que hay grandes masas de derecho medieval muy comparables a la nuestra.⁸

DERECHO Y REVOLUCIÓN

La tradición jurídica occidental fue transformada en el curso de su historia por seis grandes revoluciones, tres de las cuales —la rusa, la francesa y la norteamericana— fueron llamadas revoluciones por quienes participaron en ellas, aunque el sentido de la palabra "revolución" fuese distinto en cada caso. Una cuarta, la Revolución inglesa, fue llamada revolución (la Revolución gloriosa) sólo cuando se acercaba a su fin en 1688-1689; en su etapa inicial (1640-1660) fue llamada la Gran Rebelión por sus enemigos, y una "restauración de la libertad" por sus amigos;⁹ la segunda etapa (1660-1685) fue nombrada, por entonces, la Restauración, aunque algunos escritores de la época también la llamaran revolución. (Tal fue el primer uso moderno de la palabra "revolución", para identificar una importante alteración política; sin embargo, significaba un giro de la rueda, de regreso a un anterior sistema de gobierno.) Así, lo que la mayoría de los historiadores llaman hoy la Revolución inglesa consistió en tres "restauraciones" sucesivas.¹⁰

La quinta gran revolución —siguiendo hacia atrás en el tiempo— fue la Reforma protestante, que en Alemania cobró el carácter de revolución nacional, empezando por el ataque de Lutero al papado en 1517, y que terminó en 1555 con la frustración del Emperador por la Liga Protestante y el establecimiento de una paz religiosa entre los principados alemanes. La sexta, la Revolución papal de 1075-1122, que es el tema de este estudio, también fue llamada por entonces reforma, la *Reformatio* del papa Gregorio VII, que por lo general se ha traducido a los idiomas modernos como la Reforma gregoriana, ocultando así más aún su carácter revolucionario.

Se levantarán objeciones en contra de llamar revolución a la Reforma alemana, pese al hecho de que a menudo la llaman así los historiadores de las revoluciones, incluso muchos que no son marxistas. Aún más fuertes objeciones podrán hacerse al hecho de llamar revolución (o, tal vez, incluso, "reformación") a la Reforma gregoriana. Por tanto, conviene dar una explicación del uso de la palabra "revolución".

La historia de Occidente ha sido marcada por periodos recurrentes de trastornos violentos, en que el sistema preexistente de relaciones, instituciones, creencias, valores y metas políticos, legales, económicos, religiosos, culturales, sociales y otros ha sido derrocado y remplazado por otro nuevo. No hay ni la menor simetría en estos periodos de gran cambio histórico; y sin embargo, sí hay ciertas pautas o regularidades. Cada uno ha marcado

un cambio fundamental,
un cambio rápido,
un cambio violento,
un cambio duradero
en el sistema social en conjunto.

Cada uno ha buscado la legitimidad en un derecho fundamental, un pasado remoto, un futuro apocalíptico.

Cada uno necesitó más de una generación para echar raíces.

Cada uno, con el tiempo, produjo un nuevo sistema de derecho, que encarnó algunos de los principales propósitos de la revolución, y que modificó la tradición jurídica occidental, pero, a la postre, se quedó dentro de esta tradición.

Por una parte, estos trastornos no fueron golpes de Estado ni rebeliones ni, por otra, series largas de cambios paulatinos que se acomodaran dentro del sistema preexistente. Fueron transformaciones fundamentales que se lograron relativamente pronto y con grandes luchas y pasiones.

Es apropiado emplear el término "revolución" — pese a todos los abusos de que ha sido víctima —¹¹ para referirse a esos periodos que han hecho época, a la luz de la connotación de violencia que va asociada a las revoluciones de los dos siglos pasados, especialmente la rusa, la francesa y la norteamericana. Aquí, el término "violencia" no se refiere a la fuerza legal impuesta por gobiernos establecidos por medio de policías o ejércitos, sino a la fuerza ilegal ejercida por individuos y grupos contra la autoridad establecida. Desde el punto de vista de la historia del derecho occidental tiene especial importancia reconocer que periódicamente, en la historia de Occidente, se ha ejercido esa fuerza ilegal para derrocar el orden establecido y que, con el tiempo, quienes subieron a puestos de autoridad como resultado de ese derrocamiento, crearon nuevos y perdurables sistemas de gobierno y de derecho. El sistema de gobierno y de derecho de cada nación de Occidente se remonta a una de esas revoluciones.

El término revolución se emplea para referirse no sólo a los hechos violentos iniciales con los cuales se introduce un nuevo sistema, sino también a todo el periodo requerido para que ese sistema eche raíces. Como lo ha subrayado Eugen Rosenstock-Huussy, se necesita más de una generación para hacer una revolución auténtica.¹²

Las seis grandes revoluciones fueron revoluciones "totales" por el hecho de incluir no sólo la creación de nuevas formas de gobierno, sino también nuevas estructuras de relaciones sociales y económicas, nuevas estructuras de relaciones entre Iglesia y Estado, y nuevas estructuras de derecho, así como nuevas visiones de la comunidad, nuevas perspectivas sobre la historia y nuevos conjuntos de valores y creencias universales.¹³ La reforma del mundo", que fue un lema de la Revolución papal, tuvo su equivalente casi exacto en cada una de las otras revoluciones. Desde luego, mucho de lo antiguo subsistió, y al cabo de algún tiempo aún más de lo anterior regresó, pero en cada revolución fue nueva la totalidad: el paradigma.

Vemos así que cada una de las seis revoluciones produjo un sistema de derecho nuevo o grandemente revisado, en el marco de lo que se había concebido como una transformación social absoluta. En realidad, hasta qué grado quedó encarnado su propósito en las nuevas leyes, es lo que señala el triunfo de la revolución.

Cada revolución representa el fracaso del antiguo sistema jurídico, que la revolución reemplazó o modificó radicalmente. Estos sistemas fueron fracasos, aunque sólo fuera en el sentido de que, de hecho, fueron reemplazados o radicalmente modificados. Uno de los primeros decretos del gobierno bolchevique de 1917 consistió en declarar que quedaba abolido todo el sistema legal prerrevolucionario. Por consiguiente, sólo se aplicarían los decretos del nuevo gobierno, y los huecos serían llenados por la "conciencia jurídica revolucionaria". La Revolución francesa también descartó, al principio, el sistema de legislación, administración y adjudicación del antiguo régimen. En los Estados Unidos, una vez conquistada la independencia, los demócratas lucharon contra la recepción del derecho inglés por los tribunales federales y estatales. En Inglaterra, el Parlamento Largo de 1640-1641 abolió el Tribunal de la Cámara Estrellada, el Tribunal de Alta Comisión y los otros "tribunales de prerrogativa" reales, y esta legislación fue puesta en vigor por el Parlamento de Carlos II en 1660; junto con la supremacía parlamentaria, un derecho común grandemente modificado se convirtió en la constitución no escrita de Inglaterra. Lutero quemó los libros de derecho canónico. El papa Gregorio VII denunció las leyes imperiales y reales que habían gobernado a la Iglesia, leyes que permitían que sacerdotes y obispos fuesen nombrados a sus cargos por las autoridades seculares, que cargos de la Iglesia pudieran comprarse y venderse y que los clérigos pudieran contraer matrimonio.

El antiguo derecho fue también un fracaso en otro sentido: demostró ser incapaz de responder oportunamente a los cambios que estaban ocurriendo en la sociedad. Si el gobierno zarista hubiese introducido una eficiente monarquía constitucional y hubiese redistribuido la tierra; si los reyes Borbones hubiesen desestablecido a la Iglesia, abolido los vestigios de feudalismo y permitido la creación de instituciones democráticas, si el rey Jorge III hubiese otorgado a los colonos norteamericanos todos los derechos de sus súbditos ingleses y, además, les hubiese permitido introducir instituciones democráticas; si los primeros reyes Estuardo hubiesen aceptado la supremacía del Parlamento; si el derecho canónico hubiese cedido, en el siglo xv, al conciliarismo y a otras presiones en favor de una reforma; si los emperadores y reyes del siglo xi hubiesen renunciado a tiempo a su supremacía sobre la Iglesia; en suma, si lo inevitable se hubiese previsto y se hubiesen hecho cambios fundamentales dentro del orden jurídico preexistente... entonces, puede suponerse que se habrían evitado las revoluciones. Cambiar a tiempo es la clave de la vitalidad de cualquier sistema jurídico que se enfrenta a una presión irresistible en favor del cambio. Una

revolución, en el sentido histórico del término, es un cambio rápido, discontinuo y violento, que hace estallar los límites de un sistema jurídico.

Bien puede ser que la incapacidad de prever cambios fundamentales y de incorporarlos a tiempo se deba a una contradicción inherente a la naturaleza de la tradición jurídica occidental, uno de cuyos propósitos es conservar el orden y, otro, hacer justicia. Se considera que el orden mismo sufre una tensión interna entre la necesidad de cambio y la necesidad de estabilidad. También la justicia se ve en términos dialécticos, incluyendo una tensión entre los derechos de los individuos y el bienestar de la comunidad. La realización de la justicia ha sido proclamada un ideal mesiánico del derecho mismo, asociado originalmente (en la Revolución papal) con el Juicio Final y el Reino de Dios, y luego (en la Revolución alemana) con la conciencia cristiana; más adelante (en la Revolución inglesa) con el espíritu cívico, la equidad y las tradiciones del pasado; aún más adelante (en las revoluciones francesa y norteamericana) con la opinión pública, la razón y los derechos del hombre, y, más recientemente (en la Revolución rusa), con el colectivismo, la economía planificada y la igualdad social. Fue, ante todo, el ideal mesiánico de justicia el que encontró expresión en las grandes revoluciones. El derrocamiento del anterior *derecho como orden* fue justificado como el establecimiento de un *derecho como justicia* más fundamental. Fue la idea de que el derecho estaba traicionando su propósito y su misión últimos la que produjo cada una de las grandes revoluciones.

Thomas Kuhn ha explicado las grandes revoluciones ocurridas en la ciencia, como las revoluciones copernicana, newtoniana y einsteiniana, diciendo que son resultado de crisis que ocurren periódicamente, cuando no pueden explicarse esos fenómenos por los simples postulados básicos de la ciencia establecida, y por tanto, son tratados como anomalías, y entonces se descubre que requieren nuevos postulados básicos. Estos se han inventado para explicar como "natural" lo que antes era considerado simplemente "anómalo" y se convierten, como lo ha mostrado Kuhn, en el meollo de un nuevo "paradigma" científico.¹⁴ La interacción de revolución y evolución en el derecho occidental ofrece un notable paralelismo con la interacción de revolución y evolución en la ciencia occidental. En el derecho occidental, como en la ciencia occidental, se presupone que ocurrirán cambios de datos —lo "dado", las condiciones—, que estos cambios serán asimilados al sistema o paradigma existente, que si no son asimilados serán aceptados como anomalías, pero si demasiados de ellos parecen incapaces de tal asimilación, entonces, en cierto punto, el sistema mismo requerirá un cambio drástico. En la ciencia, la vieja verdad acaso tenga que dejar el lugar a una nueva. En el derecho, la vieja justicia quizás tenga que dejar el lugar a una nueva.

De este modo, las grandes revoluciones de la historia política, económica y social de Occidente representan explosiones que ocurrieron cuando el sis-

tema jurídico resultó demasiado rígido para asimilar condiciones nuevas. Algunos escritores han tratado estas explosiones históricas como una especie de "cáncer" recurrente en la sociedad occidental, como una "fiebre" que debe seguir todo su curso.¹⁵ Sin embargo, eso sólo nos revela una cara de la historia, y no la más importante. También constituyeron una gran liberación de energía que, desde luego, destruyó gran parte del pasado, pero además creó un nuevo futuro. A la postre, cada una de las grandes revoluciones puede considerarse no tanto un rompimiento cuanto una transformación. Cada una tuvo un compromiso con el pasado, pero también logró producir un nuevo tipo de derecho que encarnó muchos de los principales propósitos por los que se había luchado.

El hecho de subrayar la dimensión legal de las grandes revoluciones —su rechazo del orden jurídico preexistente y su aportación última a un nuevo tipo de derecho— no minimiza, sino, por lo contrario, realza la importancia de sus dimensiones sociales de carácter político, económico, religioso, cultural y otros. Los cambios fundamentales del derecho inevitablemente han ido entrelazados con cambios esenciales en otros elementos estructurales de la vida social. En particular, en la Revolución papal de fines del siglo XI y comienzos del XII, la reforma al derecho estuvo íntimamente relacionada con toda la gama de "cambios muy profundos y muy difundidos" de esa época (en palabras del gran historiador social y económico Marc Bloch), que "afectaron todos los aspectos de la actividad social".¹⁶ Además, llamar Revolución papal a esta transformación total no limita su alcance a cosas como la lucha por el dominio del papa sobre la Iglesia y por la liberación de la Iglesia, bajo el papado, de todo el dominio secular, sino que, por lo contrario, incluye en su esfera todos los cambios interrelacionados que a la sazón ocurrieron. El nuevo concepto papal de la Iglesia, como lo ha dicho Joseph R. Strayer, "casi exigió la invención del concepto de Estado".¹⁷ La revolución del derecho estuvo directamente relacionada con la revolución en la Iglesia y la revolución de la Iglesia, que a su vez estuvieron directamente conectadas con la revolución en la agricultura y el comercio, el surgimiento de ciudades y de reinos como entidades territoriales autónomas, el surgimiento de las universidades y del pensamiento escolástico, y otras grandes transformaciones que acompañaron el nacimiento de Occidente, como se consideró a sí mismo —y como fue considerado por otros— durante los ocho siglos siguientes, y más. El nombre Revolución papal no debe verse sin importancia; como el nombre "Revolución puritana", aplicado a la historia inglesa de 1640 a 1660, señala más de lo que señala en sí mismo.

El periodo de la Revolución papal no se limita a los relativamente pocos años de su apogeo, por decirlo así, durante el pontificado de Gregorio VII, así como el de la Revolución rusa no está limitado a los pocos años en que Lenin llevó a los bolcheviques al poder y combatió a sus enemigos. Podemos fechar la Revolución papal a partir de 1075 —cuando Gregorio proclamó la

supremacía papal sobre toda la Iglesia y la independencia eclesiástica del poder secular y la superioridad sobre él—, y hasta 1122, cuando por fin se llegó a un compromiso entre la autoridad papal y la imperial. Sin embargo, ni aun entonces las repercusiones cesaron; las fuerzas desencadenadas por estos hechos continuaron teniendo efecto durante siglos.

Muchos historiadores eluden las explicaciones que requieren tan largos periodos. Preferirían atribuir las condiciones dadas a causas que son contemporáneas, o que preceden inmediatamente a esas condiciones. Y sin embargo, si la pregunta se plantea con claridad, es difícil negar que las condiciones actuales a menudo están determinadas, en grado importante, por hechos ocurridos varios siglos antes. Por ejemplo, si tratamos de explicar la crisis de las relaciones raciales en los Estados Unidos en la segunda mitad del siglo xx, no podremos omitir la Declaración de Independencia de 1776, la resolución de la cuestión de la esclavitud en la Constitución de 1789 y la Guerra Civil de 1861-1864. Sin duda, la Revolución norteamericana desencadenó fuerzas que resultaron en la emancipación de los esclavos y, a la postre, en la lucha por los derechos civiles.

El carácter occidental de las revoluciones nacionales

Como la Reforma protestante en Alemania, también las revoluciones inglesa, norteamericana, francesa y la rusa fueron, desde luego, revoluciones nacionales. En contraste, la Revolución papal fue una revolución transnacional, una revolución por toda Europa en nombre del clero, encabezado por el papa, contra la dominación imperial, real y feudal. Sin duda, la Revolución papal puede ser considerada occidental o europea, pero ¿es apropiado caracterizar del mismo modo a las revoluciones nacionales? Hay que establecer dos argumentos con respecto a esta pregunta, que son vitales para un entendimiento de la Revolución papal.

Primero, todas las revoluciones nacionales a partir del siglo xvi —exceptuando la norteamericana— fueron dirigidas en parte contra la Iglesia católica romana (o, en Rusia, la ortodoxa), y todas ellas pasaron grandes porciones del derecho canónico de la Iglesia al Estado nacional, secularizándolas así. Por tanto, al estudiar los sistemas jurídicos, tanto eclesiástico como secular, que se crearon a finales del siglo xi y durante los siglos xii y xiii bajo el efecto de la Revolución papal, hay que tener en cuenta que incontables elementos de esos sistemas acabaron por pasar al derecho secular de todas las naciones europeas, bajo el efecto de las revoluciones nacionales. En este respecto, las revoluciones nacionales tuvieron un carácter internacional.

En segundo lugar, todas las grandes revoluciones nacionales de Occidente también fueron, por su naturaleza misma, revoluciones occidentales. Cada una de ellas fue preparada en varios países. La Reforma protes-

tante fue preparada por Wiclef en Inglaterra y por Hus en Bohemia, así como por activos movimientos en cada país de Europa, antes de estallar en Alemania. El movimiento puritano de Inglaterra no sólo se basó en las enseñanzas anteriores del reformador franco-suizo Juan Calvino, sino que también tuvo nexos directos con otros movimientos calvinistas de Holanda y otros lugares del continente. La Ilustración del siglo xviii fue un fenómeno de todo el Occidente, que formó la base ideológica no únicamente de las revoluciones norteamericana y francesa, sino también de la agitación por un cambio radical en Inglaterra y otros países. La Revolución rusa nació en el movimiento comunista internacional, fundado por dos alemanes; sus raíces se encontraron en la Comuna de París de 1870.

De manera similar, las revoluciones nacionales tuvieron enormes repercusiones por todo el Occidente. El efecto inmediato de su estallido fue, invariablemente, una reacción de temor y hostilidad en otros países: temor a que cundiera el virus revolucionario, hostilidad hacia la nación que era su portadora. Con el tiempo, al cabo de 20 o 30 años, cuando la revolución se había ya establecido en su patria, los otros países aceptaron una tibia versión de ella. De este modo, después que la Revolución luterana se había aplacado en Alemania, monarquías absolutas con un poderoso servicio civil aparecieron en Inglaterra, Francia y otros países; después que la Revolución puritana cesó en Inglaterra, monarquías constitucionales e instituciones cuasi parlamentarias brotaron en el continente europeo a finales del siglo xvii y comienzos del xviii; después que las revoluciones francesa y norteamericana habían cesado, los ingleses aumentaron su electorado para incluir a la clase media, en 1832; y después que se aplacó la Revolución rusa aparecieron gobiernos "socialistas" o de "nuevo trato", durante la década de 1930, en Europa occidental y los Estados Unidos.

Algo más importante: aunque a partir del siglo xvi las instituciones políticas de las diversas naciones de Europa se volvieron más claramente nacionales y menos europeas, conservaron su carácter occidental. Esto fue cierto pese al hecho de que los tribunales seculares y el derecho secular comprimieron los tribunales eclesiásticos y el derecho canónico en una jurisdicción cada vez más estrecha y, además, hasta la Iglesia católica romana fue cada vez más nacionalizada.

No obstante, había muchos lazos comunes entre los diversos sistemas jurídicos nacionales. Todos ellos comparten algunos modos básicos de catalogación. Por ejemplo, todos buscan un equilibrio entre legislación y adjudicación y, en la adjudicación, entre el derecho del código y el derecho judiciales precedentes. Establecen una marcada división entre el derecho penal y el derecho civil. En todos ellos se analizan los delitos (como fueron analizados inicialmente por Abelardo, a comienzos del siglo xii) por acción, intención o negligencia, causa, deber y conceptos similares. En todos ellos, las obligaciones civiles son divididas, expresa o implícitamente, en contrato, delito civil y enriquecimiento injusto (cuasicontrato). Detrás de éstas y

de muchas otras categorías analíticas comunes se encuentran políticas comunes y valores comunes. Por ejemplo, en el decenio de 1930, cuando un estatuto de la Alemania nacionalsocialista declaró delito punible todo acto que "merezca castigo según el sano sentir popular (*gesundes Volksgefühl*)", esto fue considerado como una violación del tradicional concepto occidental de legalidad; y la Corte Permanente de Justicia Internacional derogó una ley similar de la ciudad libre de Gdansk, que se basaba en el estatuto alemán, declarándolo contrario a la soberanía del derecho (*Rechtsstaat*).

La búsqueda del milenio

Un elemento clave de cada una de las grandes revoluciones de la historia occidental fue su visión apocalíptica del futuro. Cada una fue más que un programa político, hasta más que una lucha apasionada por reformar el mundo. Cada una representó también la fe en una escatología y un compromiso con ella, un sueño mesiánico de un tiempo final, una convicción de que la historia avanzaba hacia un desenlace último. En el caso de las revoluciones católica romana, luterana y puritana, la escatología se expresó en términos bíblicos. Los revolucionarios cristianos previeron "un nuevo cielo y una nueva tierra". Anhelaron la realización de la profecía de mil años de paz en la tierra, entre la Segunda Venida y el Juicio Final. "Luego... vi la Ciudad Santa, la nueva Jerusalén, que bajaba del cielo, de junto a Dios..., porque el mundo viejo ha pasado. Entonces dijo el que está sentado en el trono: 'Mira que hago un mundo nuevo'..." (Ap. 21:1-5). En el caso de las revoluciones norteamericana, francesa y rusa, la escatología fue secular: una nueva y final época de libertad e igualdad, el fin de la larga historia humana de opresión, la alborada de una sociedad justa.

En su libro *The Pursuit of the Millennium*, Norman Cohn ha escrito sobre una diferente clase de "milenario revolucionario", como él lo nombra. Ha llamado la atención hacia los numerosos movimientos quiliastas entre los "pobres desarraigados" de la Europa occidental de los siglos XI a XVI. Éstos incluyeron las Cruzadas Populares, los movimientos de los flagelantes, la herejía del Espíritu Libre, algunas revueltas campesinas y los taboritas. Casi todos ellos estuvieron mal organizados, fueron espontáneos o bien anarquistas o comunistas, o ambas cosas. Escribe Cohn:

Es característico de este tipo de movimiento que sus metas y premisas sean infinitas. Una lucha social es vista [por los participantes] no como la lucha por alcanzar objetivos específicos y limitados, sino como... un cataclismo del cual habrá de salir el mundo totalmente transformado y redimido.¹⁸

La diferencia entre lo que Cohn ha descrito y lo apocalíptico de las grandes revoluciones —de las grandes revoluciones *triumfantes*— de la his-

toria occidental es que los objetivos y premisas de estas últimas fueron, a la vez, ilimitados y limitados; sus objetivos no sólo eran universales e ilimitados, sino también específicos y limitados. Eran milenarios, pero también fueron bien organizados y políticamente avanzados. El vivo y perceptivo retrato que hace Cohn de los movimientos milenarios de un tipo específico lo ha llevado a él y a otros a compararlos con los modernos movimientos revolucionarios, de derecha y de izquierda.¹⁹ Sin embargo, las raíces históricas de al menos algunos de los movimientos modernos, y especialmente del "milenario" comunista de los siglos XIX y XX, no se encuentran en los movimientos desenfrenados que Cohn describe, sino en las revoluciones triunfantes en cuyas márgenes aparecieron.

Las revoluciones triunfantes también se basaron en una escatología cristiana, fundamentada a su vez en la visión judaica de una historia que avanza hacia un desenlace final, hacia un clímax. En contraste con los otros pueblos indoeuropeos, incluyendo a los griegos, quienes creían que el tiempo avanzaba en ciclos recurrentes, el pueblo hebreo concibió el tiempo como algo continuo, irreversible e histórico que, en el fin, conduciría a la redención última. Sin embargo, también creyó que el tiempo tiene periodos dentro de sí. No es cíclico, sino que puede ser interrumpido o acelerado. Se desarrolla. El Antiguo Testamento es una historia no sólo de cambios, sino de desarrollo, de crecimiento, de avance hacia la época mesiánica: un movimiento muy desigual, desde luego, con grandes retrocesos pero, a pesar de todo, un *avance*. No obstante, el cristianismo añadió un elemento importante al concepto judaico del tiempo: el de transformación de lo viejo en lo nuevo. La Biblia hebrea se volvió el Antiguo Testamento. Su significado se alteró por su realización en el Nuevo Testamento. En la historia de la Resurrección, la muerte se transformó en un nuevo comienzo. Los tiempos no sólo se aceleraron, sino que se regeneraron. Esto introdujo una nueva estructura de la historia, en la que había una transformación fundamental de una época en otra. Se creía que esta transformación sólo podía ocurrir una vez: la vida, la muerte y la resurrección de Cristo eran vistas como la única gran interrupción en el curso del tiempo lineal, desde la creación del mundo hasta su último fin.

Así, el concepto cristiano de renovación se basa en la fe en el fin del mundo; también se basa en la idea de que el fin es inminente; está "a la mano".

El sentido cristiano de la historia [escribe Norman O. Brown], es el sentido de vivir en los últimos días. Pequeños, es la última hora. Toda la época cristiana está en los últimos días... La plegaria cristiana pide el fin del mundo: que venga pronto. Su objeto es llevar este mundo a su fin; la única pregunta es cómo. Y aquí, un error podría ser muy costoso.²⁰

Rosenstock-Huussy ha mostrado cómo la creencia en un tiempo final, el fin del mundo, ha influido sobre las grandes revoluciones de la historia

occidental. Cada una de esas revoluciones convirtió la experiencia de muerte y regeneración en un concepto diferente de la nación y de la Iglesia.²¹ Cuando la escatología cristiana fue descartada por la Ilustración y por la teología liberal en los siglos XVIII y XIX, ocupó su sitio una escatología secular. Escribe Rosenstock-Huussy: "Ningún pueblo puede vivir sin fe en la victoria última de algo. Así, mientras dormía la teología, los legos se trasladaron a las otras fuentes de las Cosas Últimas": a la escatología de Carlos Marx, por una parte, y a la de Federico Nietzsche, por la otra.²²

Antes del gran movimiento de reforma del siglo XI, la Iglesia, en Oriente como en Occidente, había enseñado que el tiempo final no está en este mundo, el mundo material, sino en el mundo espiritual: no en el tiempo histórico, sino en la eternidad. Este fue uno de los principales puntos del contraste establecidos por San Agustín entre la ciudad terrenal y la ciudad de Dios. La ciudad terrenal está en perpetua decadencia. Quienes viven en el tiempo final ya no son de este mundo. Para Agustín, la misma palabra, *saeculum*, significaba "el mundo" y "tiempo". El *saeculum* no tenía esperanzas de redención. Sólo podía ser abandonado para irse al reino del espíritu. San Agustín y la Iglesia en general, en los primeros diez siglos, estuvieron en contra de los movimientos milenaristas revolucionarios del tipo descrito por Cohn, que trataban de transformar las realidades sociales y políticas y económicas del aquí y el ahora en un reino celestial del espíritu. Se consideró que el renacer del creyente cristiano en particular, así como la regeneración de la humanidad, sólo se referían al alma eterna, la cual experimentaba ese renacer o regeneración "muriendo para este mundo": ante todo, por medio de la vida monástica.

De manera similar, cuando el cristianismo llegó a los pueblos germánicos de Europa occidental, se presentó como una fe en otro mundo, a la que le preocupaban lo sagrado y lo santo, y que tenía muy poco que decir a la estructura militar, política y económica de poder existente, a no ser para devaluarla.

A finales del siglo XI y comienzos del XII, por primera vez la regeneración pareció aplicable también a la sociedad secular. Los reformadores se colocaron al comienzo y al fin de un nuevo tiempo secular: proyectaron de regreso al pasado, para proyectar hacia adelante, al futuro. Se vieron en un punto de cambio de la historia, el comienzo de una nueva época que, según creyeron, sería la última época antes del Juicio Final. Esta era una nueva interrupción dentro de la época cristiana. Combinaba la idea cíclica griega de un retorno con la idea hebrea de un avance lineal hacia un fin predestinado, y la anterior idea cristiana acerca de un nacimiento o renacimiento espiritual.

Cada una de las grandes revoluciones, a partir de la Revolución papal de 1075, estableció una marcada división entre lo anterior, "lo antiguo", y lo que llegó con ella o después de ella, "lo nuevo". Cada una colocó, asimis-

mo, lo viejo y lo nuevo histórico dentro de un marco de creación original, o estado de naturaleza, y un último fin, una victoria última. Sin la fe en que este mundo, estos tiempos, las instituciones seculares de la sociedad humana, pudieran regenerarse —y que semejante regeneración llevaría a la realización del destino último del hombre— no habrían podido ocurrir las grandes revoluciones de la historia occidental.

Más explícitamente, la fe en la capacidad del hombre para regenerar el mundo y la necesidad de que lo hiciera para realizar su destino último ofreció una base tanto para un ataque consciente al orden existente como para el establecimiento consciente de un orden nuevo. Lo sagrado se utilizó como medida para evaluar el orden secular. Así, los reformadores del siglo XI empezaron a juzgar a emperadores y reyes y señores según principios derivados del derecho divino y el derecho natural. El partido papista denunció al emperador por traicionar su cargo de dirigente de la Iglesia, y afirmó que no llevaba este título. Tal fue el desafío de Daniel a Nabucodonosor: "Mené, Mené, Tequel y Parsín... Tequel, has sido pesado en la balanza y encontrado falto de peso" (Dn. 5:25, 27). La "libertad de la Iglesia", el lema de la Revolución papal, se justificó como voluntad de Dios y, así, en todos los grandes periodos revolucionarios posteriores de la historia universal se han invocado normas trascendentes contra la estructura de poder existente. Cuando Carlos Marx (citando a Proudhon) dijo: "la propiedad es un robo", estaba hablando, de acuerdo con la milenaria tradición occidental: todo el sistema económico y político fue pesado en la balanza del tiempo último, el *escatón*, y encontrado falto de peso.

El derecho revolucionario

La fe revolucionaria en el fin de los tiempos, el milenio final, nos ayuda a explicar no sólo el derrocamiento del antiguo derecho, sino también la encarnación de la revolución en un nuevo sistema de derecho. Esto no pudo ocurrir de un solo golpe. Ninguna de las grandes revoluciones logró abolir la ley prerrevolucionaria desde el primer día, y establecer un nuevo y permanente sistema de derecho revolucionario, el segundo día. Por ejemplo, en 1917 los bolcheviques declararon abolida la herencia, pero al mismo tiempo pusieron en vigor un decreto para que las fincas que tuviesen un valor hasta de 10 000 rublos en oro continuaran pasando a los herederos, según las antiguas reglas, hasta que pudiese encontrarse un sistema para administrar las fincas más pequeñas. Sin embargo, resultó imposible elaborar un sistema por el cual el Estado pudiese, efectivamente, heredar una vaca, mobiliario, objetos de arte o aun dinero. Se recurrió entonces a un altísimo impuesto a la herencia; pero esta medida acabó por entrar en conflicto con los esfuerzos por promover la estabilidad familiar, y fácilmente fue evadida mediante donativos anteriores a la muerte.

Cada una de las grandes revoluciones experimentó un periodo interino en que, en rápida sucesión, se proclamaron nuevas leyes, decretos, revoluciones y órdenes que con igual rapidez fueron enmendados, rechazados o remplazados. Sin embargo, con el tiempo cada una de las grandes revoluciones hizo las paces con el derecho prerrevolucionario y restauró muchos de sus elementos, incluyéndolos en un nuevo sistema que reflejaba las principales metas, valores y creencias, por las que se había luchado en la revolución. De este modo, los nuevos sistemas de derecho establecidos por las grandes revoluciones transformaron la tradición jurídica, mientras permanecían dentro de ella.

La Reforma luterana, y la revolución de los principados alemanes que la encarnó, rompieron con el dualismo católico romano del derecho eclesiástico y secular, quitando toda legalidad a la Iglesia. Donde triunfó el luteranismo, la Iglesia llegó a ser concebida como invisible, apolítica, alegal, y la única soberanía, la única ley (en el sentido político) era la del reino o principado secular. En efecto, poco antes de esta época Maquiavelo había empleado la palabra "estado" en un sentido nuevo, para denotar el orden social puramente secular. En cierto sentido, los reformadores luteranos fueron maquiavélicos: desconfiaron de la capacidad del hombre para crear un derecho humano que reflejara la ley eterna, y explícitamente negaron que correspondiera a la Iglesia crear un derecho humano. Este escepticismo luterano hizo posible el surgimiento de una teoría del derecho —el positivismo legal— que considera la ley del Estado como moralmente neutra, como un medio y no como un fin, como un recurso para manifestar la política del soberano y para asegurar que se le obedezca. Sin embargo, la secularización del derecho y el surgimiento de una teoría positivista del derecho son solamente una cara de la historia de la aportación de la Reforma luterana a la tradición jurídica occidental. La otra cara tiene igual importancia: al liberar el derecho de la doctrina teológica y de toda influencia eclesiástica directa, la Reforma le permitió pasar por un desarrollo nuevo y brillante. En palabras del gran jurista e historiador alemán Rudolf Sohm: "La reforma de Lutero fue una renovación, no sólo de la fe, sino también del mundo: tanto el mundo de la vida espiritual como el mundo del derecho."²³

La clave de la renovación del derecho en Occidente a partir del siglo xvi fue el concepto luterano del poder del individuo, por la gracia de Dios, para cambiar la naturaleza y para crear nuevas relaciones sociales mediante el ejercicio de su voluntad. El concepto luterano de la voluntad individual llegó a ocupar un lugar central en el desarrollo del moderno derecho de la propiedad y el contrato. Desde luego, ya había habido desde hacía varios siglos una ley, elaborada y compleja, de la propiedad y del contrato, tanto en la Iglesia como en la comunidad mercantil, pero en el luteranismo cambió su enfoque. Las viejas reglas fueron colocadas en un nuevo molde. La naturaleza se volvió propiedad. Las relaciones económicas se volvieron contrato. La conciencia se volvió voluntad e intención. El

último testamento, que en la temprana tradición cristiana había sido ante todo un medio de salvar almas por dones caritativos, se volvió, básicamente, una forma de controlar las relaciones sociales y económicas. Por la escueta expresión de su voluntad, de su intención, los testadores podían disponer de sus propiedades después de la muerte, y los empresarios podían arreglar sus relaciones de negocios por medio de contratos. Los derechos de propiedad y contrato así creados serían considerados como sagrados e inviolables, siempre que no contravinieran las conciencias. La conciencia era lo que les daba su santidad. Y así, la secularización del Estado, en el limitado sentido de librarlo de controles eclesiásticos, fue acompañada por una espiritualización y hasta por una santificación de la propiedad y del contrato.

Por tanto, no es cierto que el luteranismo no haya puesto límites al poder político de los monarcas absolutos que gobernaron Europa en el siglo xvi. Se consideró que el desarrollo del derecho positivo se fundamentaba, en última instancia, en el solo príncipe, pero se presupuso que al ejercer su voluntad, él respetaría las conciencias individuales de sus súbditos, y que eso significaba también respetar sus derechos de propiedad y de contrato. Esta presuposición se basaba —precariamente, desde luego— en cuatro siglos de la historia en que la Iglesia había logrado cristianizar el derecho hasta un grado notable, dados los niveles de la vida cultural de los pueblos germánicos en sus principios. De este modo, un positivismo luterano que separa el derecho de la moral niega a la Iglesia el papel de legisladora, y encuentra que la sanción última de la ley en la coerción política presupone, no obstante, la existencia de una conciencia cristiana entre el pueblo y un Estado encabezados por gobernantes cristianos.

Una forma ligeramente posterior de protestantismo, el calvinismo, también tuvo profundos efectos sobre el desarrollo del derecho occidental, sobre todo en Inglaterra y los Estados Unidos. Los puritanos adoptaron el concepto luterano de la santidad de la conciencia individual y, asimismo, en el derecho, la santidad de la voluntad individual reflejada en derechos de propiedad y de contrato. Pero subrayaron dos elementos que en el luteranismo estaban subordinados: primero, una fe en el deber de los cristianos en general, y no sólo de los gobernantes cristianos, de reformar el mundo;²⁴ y, segundo, una fe en la congregación local, encabezada por sus ministros elegidos y sus ancianos, como sede de la verdad, una "camaradería de creyentes activos" superior a toda autoridad política.²⁵ Las congregaciones puritanas activas, empeñadas en reformar el mundo, estaban dispuestas a desafiar los más altos poderes de la Iglesia y del Estado al reafirmar su fe, y lo hicieron así por motivos de conciencia individual, apelando también al derecho divino, a la ley mosaica del Antiguo Testamento y a conceptos de derecho natural, encarnados en la tradición jurídica medieval. Así como los primeros mártires cristianos habían fundado la Iglesia desobedeciendo el derecho romano, así también los puritanos del

siglo XVII, incluso hombres como John Hampden, John Lilburne, Walter Udall y William Penn, por su abierta desobediencia a la ley de Inglaterra, echaron los fundamentos para la ley inglesa y norteamericana de los derechos civiles y las libertades civiles, tal como está expresada en las respectivas constituciones de los dos países: libertad de expresión y de prensa, libre ejercicio de la religión, privilegio contra la auto-acusación, independencia del jurado ante todo dictado jurídico, el derecho de no ser aprehendido sin causa y muchos otros de tales derechos y libertades.²⁶ El congregacionalismo calvinista también echó la base religiosa de los modernos conceptos de contrato social y gobierno por consentimiento de los gobernados.²⁷

El puritanismo en Inglaterra y los Estados Unidos, y el pietismo, su equivalente en el continente europeo, fueron los últimos grandes movimientos, dentro de la Iglesia institucional, en influir sobre el desarrollo del derecho occidental en algún sentido fundamental. En los siglos XVIII y XIX, tanto la Iglesia católica romana como las distintas denominaciones luteranas siguieron, desde luego, ejerciendo presión sobre el derecho en diversas direcciones. No cabe duda de que el cristianismo profético continuó desempeñando un papel de suma importancia para provocar la reforma de la ley: por ejemplo, en la abolición de la esclavitud, en la protección del trabajo y en la promoción de una legislación de bienestar general. Y sin duda, por otra parte, la religión organizada continuó apoyando el *statu quo*, cualquiera que éste fuese. Pero, al respecto, el factor significativo en el siglo XIX y aún más en el XX fue la reducción de la religión tradicional a nivel de cuestión personal y privada, sin una influencia pública sobre el desarrollo jurídico, mientras que otros sistemas de creencias —nuevas religiones seculares (ideologías, "ismos")— eran elevados al nivel de creencias apasionadas por las cuales el pueblo, colectivamente, no sólo estaba dispuesto a morir, sino a llevar una nueva vida.

Fueron las revoluciones norteamericana y francesa las que prepararon el escenario a las nuevas religiones seculares; es decir, a verter en los movimientos políticos y sociales seculares la psicología religiosa, así como muchas de las ideas religiosas que antes se habían expresado en diversas formas del catolicismo y el protestantismo. Al principio, se conservó una especie de ortodoxia religiosa, por medio de una filosofía deísta, la cual, sin embargo, tenía poco de esa filosofía que es el meollo de la fe religiosa. En realidad, lo religioso en los grandes espíritus revolucionarios de finales del siglo XVIII y del XIX —hombres como Rousseau o Jefferson— no fue su fe en Dios, sino su creencia en el hombre individual, su naturaleza, su razón y sus derechos. Las filosofías políticas y sociales que brotaron de la Ilustración eran religiones, porque atribuían un significado último y una santidad al espíritu individual; y también, hay que añadir inmediatamente, a la nación. La época del individualismo y del racionalismo también fue la del nacionalismo. El individuo era un ciudadano, y la opinión pública

resultó no ser la opinión de la humanidad, sino la opinión de los franceses, la opinión de los alemanes, la opinión de los norteamericanos.

Individualismo, racionalismo, nacionalismo —la Deidad Trina de la democracia—, encontraron su expresión jurídica en la exaltación del papel de la legislatura y en la consiguiente reducción (salvo en los Estados Unidos) del papel legislador de la judicatura; en la liberación de acciones individuales ante controles públicos, sobre todo en la esfera económica, en la exigencia de una codificación del derecho penal y civil, en el esfuerzo por hacer predecibles las consecuencias jurídicas de acciones individuales, especialmente, una vez más, en la esfera económica. Estos "postulados jurales" (como los habría llamado Roscoe Pound)²⁸ fueron considerados no sólo útiles, sino también justos, y no sólo justos, sino parte natural del universo. Se pensó que la vida misma derivaba su significado y su propósito de estos principios y otros afines de racionalidad jurídica, cuyas fuentes históricas en las doctrinas teológicas del derecho natural y de la razón humana eran evidentes.

La democracia liberal fue la primera gran religión secular en la historia occidental: la primera ideología que se divorció del cristianismo tradicional y, al mismo tiempo, tomó de éste a la vez su sentido de lo sagrado y algunos de sus principales valores. Pero, al volverse una religión secular, muy pronto la democracia liberal se encontró con un rival: el socialismo revolucionario. Y cuando, después de un siglo de actividad revolucionaria por toda Europa, el comunismo llegó al poder en Rusia en 1917, sus doctrinas habían adquirido la santidad de una revelación autorizada, y sus jefes el carisma de sumos sacerdotes. Además, el Partido Comunista tenía la intimididad, por una parte, y la austeridad, por la otra, de una orden monástica. No es casual que, durante las purgas ocurridas después de la segunda Guerra Mundial, los comunistas leales en Europa dijeran: "No hay salvación fuera del Partido".

Los postulados jurídicos del socialismo, aunque en muchos aspectos difieren de los de la democracia liberal, muestran antepasados comunes en el cristianismo. El Código Moral Soviético del Constructor del Comunismo, por ejemplo, que los niños de escuela soviéticos debían aprender de memoria, y que se tomó como base para la política jurídica soviética, contiene principios como "trabajo concienzudo por el bien de la sociedad: el que no trabaja, que no coma"; "preocupación de todos por la conservación y el desarrollo de la salud pública"; "colectivismo y ayuda mutua, todos para uno y uno para todos"; "probidad y sinceridad, pureza moral, modestia y nada de pretensiones en la vida social y personal"; "una actitud intransigente hacia la injusticia, el parasitismo, la falta de honradez, el arribismo y el afán de lucro"; "una actitud intransigente hacia los enemigos del comunismo"; "solidaridad fraternal con los trabajadores de todos los países y con todo el pueblo".²⁹ El derecho soviético nos recuerda en forma asombrosa al código puritano de la Colonia de la Bahía de Mas-

sachusetts, el Cuerpo de Libertades de 1641, en su manera de fustigar las desviaciones ideológicas, la holgazanería y la inmoralidad personal.³⁰ Además, el sistema soviético subraya el papel educativo del derecho y la participación popular en los procesos jurídicos y la aplicación de la ley por medio de Tribunales de Camaradas y Patrullas Populares, y al colocar a personas a cargo de la fábrica colectiva o del vecindario. Además, todo esto se hace en nombre de una escatología que prevé la desaparición última de la coerción y de la ley misma, conforme se cree una sociedad comunista en que cada quien tratará a todos los demás —otra vez en palabras del Código Moral del Constructor del Comunismo— como "camarada, amigo y hermano". Y no es contradictorio con esta visión utópica el hecho de que, para producirla, se adopten enérgicas medidas de coerción y de ley formal.

LA CRISIS DE LA TRADICIÓN JURÍDICA OCCIDENTAL

El que la tradición jurídica occidental, como la civilización occidental en conjunto, esté sufriendo en el siglo xx una crisis mayor que ninguna anterior, no es algo que pueda probarse científicamente. Es algo que se conoce, en última instancia, por intuición. Yo sólo puedo atestiguar, por decirlo así, que siento que nos hallamos en mitad de una crisis sin precedente de los valores legales y del pensamiento legal, en que toda nuestra tradición jurídica está siendo desafiada, no sólo los llamados conceptos liberales de los últimos siglos, sino la estructura misma de la legalidad occidental, que data de los siglos xi y xii.

La crisis se está generando dentro de la experiencia occidental y a la vez desde fuera. Desde dentro, transformaciones sociales, económicas y políticas de magnitud sin precedente han ejercido una enorme presión sobre las instituciones jurídicas tradicionales, los valores y conceptos legales, virtualmente en todos los países de Occidente. No obstante, en el pasado ha habido periodos de trastorno revolucionario que también han amenazado con destruir elementos básicos de la tradición jurídica occidental y, no obstante, esa tradición ha sobrevivido. Lo que hoy es nuevo es el desafío a la tradición jurídica en conjunto y no sólo a elementos o aspectos particulares; y esto se manifiesta ante todo en la confrontación con civilizaciones no occidentales y filosofías no occidentales. En el pasado, el hombre occidental había llevado consigo su derecho, confiado, por el mundo. En cambio, el mundo de hoy desconfía —desconfía más que nunca— del "legalismo" occidental. El hombre del Oriente y el hombre del Sur ofrecen otras alternativas. El propio Occidente ha llegado a dudar de la validez universal de su visión tradicional del derecho, especialmente de su validez para culturas no occidentales. Un derecho que parecía "natural" ahora sólo parece "occidental". Y muchos están diciendo que ya es caduco, incluso para Occidente.

A veces, la crisis es considerada en términos un tanto menos apocalípticos, como un desafío no a principios fundamentales de la legalidad como se la interpretó en Occidente durante los últimos nueve siglos, sino, antes bien, a la aplicación de tales principios a circunstancias nuevas del siglo xx o, si acaso, como un desafío a ciertas variantes "liberales", o "burguesas" de la legalidad, que habían prevalecido desde el siglo xviii o probablemente desde el xvii, o aun del xvi. Se dice que en todos los países de Occidente el derecho está apartándose de las suposiciones individualistas que acompañaron el cambio de lo "medieval" a un orden político, económico y social "moderno" y hacia una u otra clase de colectivismo. Desde este punto de vista, la crisis del derecho en el siglo xx es comparable en su alcance a crisis anteriores de la tradición jurídica occidental, como la que ocurrió después de la Revolución francesa de 1789, después de la Revolución inglesa de 1640 o después de la Revolución alemana de 1517. Se nos dice que así como estas revoluciones inauguraron una nueva época en que el derecho burgués o "capitalista" reemplazó al derecho "feudal", así también la Revolución rusa de 1917 inauguró una nueva era en que el derecho "socialista" está reemplazando al derecho burgués o capitalista.

Sin duda es verdad que, en el siglo xx, virtualmente todas las naciones de Occidente han experimentado la introducción de omnipresentes controles gubernamentales sobre casi todos los aspectos de la vida económica. Muchos países han nacionalizado la producción industrial y han introducido la planificación económica integrada del Estado. Otros han adoptado alguna forma de capitalismo de Estado en que la responsabilidad inmediata de la producción, la distribución y la inversión está en manos de empresas corporativas en grande escala, sujetas empero al control directo e indirecto de dependencias del Estado. La declaración de Lenin, de 1921, sobre la economía soviética es cada vez más aplicable también a otras economías: "Entre nosotros, lo que pertenece a la economía es cuestión del derecho público, no del derecho privado." Por ejemplo, en los Estados Unidos, campos enteros de derecho administrativo como los impuestos, las relaciones entre trabajadores y administradores, la regulación del seguro, el alojamiento público, la seguridad social, la protección ambiental y una docena más, que difícilmente podría decirse que existieran antes de la Gran Depresión de comienzos de los treinta, ahora han alcanzado un predominio.

Además, lo que antes se concebía como derecho privado también se ha transformado, en el siglo xx, por la centralización radical y la burocratización de la vida económica, de la cual el socialismo, de una forma u otra (incluyendo el capitalismo controlado por el Estado), es un aspecto o una consecuencia. Por ejemplo, el derecho de los contratos, que tradicionalmente se consideró en todos los sistemas jurídicos occidentales como un cuerpo de reglas para poner en vigor los acuerdos voluntarios según la intención de las partes, con límites fijados por la política pública en general, en el siglo xx ha luchado por adaptarse a una situación económica

enteramente nueva, en que los términos detallados de los tipos más importantes de contratos son requeridos, específicamente, por una legislación, o bien estipulados en formas comunes, presentados por las organizaciones de empresa en grande escala, sobre la base de "tómelo o déjelo". Asimismo, en el derecho de propiedad, los intereses gubernamentales y empresariales en grande escala han intervenido para quitar a la mayoría de los propietarios privados una gran parte de sus derechos de posesión, uso y disposición —es decir, de lo que en el pasado se habría considerado como sus derechos de propiedad—, mientras al mismo tiempo les imponían obligaciones que deben explicarse más en términos de derecho administrativo que en términos de derecho civil. Por todo Occidente la propiedad corporativa, comercial e industrial, incluso el alojamiento, se ve cada vez más sometida a una regulación administrativa, en tanto que el propietario individual difícilmente podrá plantar un árbol o construir una extensión de su cocina sin autorización gubernamental.

En forma similar, el derecho de delitos civiles, que tradicionalmente fue concebido, ante todo, como un cuerpo de reglas para compensar las pérdidas causadas por daño intencional o por negligencia, se ha transformado por la rápida difusión del seguro de responsabilidad civil por daños causados por actos inocentes, incidentales a varias formas de actividad económica: la llamada obligación absoluta, cuyos motivos, y por tanto cuyos límites, en gran parte no quedan aclarados. Se dice que un "derecho general de contratos", es decir, el cuerpo de conceptos y doctrinas fundamentales que fue planteado en el siglo XIX como la "ley del contrato", aplicable a cualquiera y a todos los tipos de transacciones contractuales, ahora es letra muerta, y que los principios de demanda por violación de contrato se encuentran cada vez más en el derecho de delitos civiles,³¹ pero otros dicen que el derecho de delitos civiles, que también fue planteado en el siglo XIX, más o menos simultáneamente al derecho general de contrato, también está muerto. La división de todo el cuerpo del derecho en derecho público y derecho privado, y la subdivisión de éstos en campos autocontenidos como derecho civil, derecho penal, derecho administrativo y similares, fue producto del pensamiento jurídico de la Ilustración del siglo XVIII, y fue establecida por la Revolución francesa. Se difundió por toda Europa hasta llegar a los Estados Unidos. No pudo sobrevivir al desarrollo del socialismo en el siglo XX, ya fuese la economía socialista planificada en grande escala de los países comunistas, o las formas simplemente "socialistas" menos comprensivas de control gubernamental ejercidas en los países no comunistas de Occidente.

Por todo el Occidente han ocurrido cambios fundamentales, no sólo en lo que tradicionalmente se ha llamado derecho público y derecho privado, sino también en lo que podría llamarse derecho social, que incluye el derecho familiar, así como las leyes que afectan las relaciones entre razas, las relaciones de clase y las relaciones de los sexos y de las generaciones. Ma-

trimonio y divorcio se han vuelto, cada vez más, cuestión consensual, en tanto que la autoridad de los padres sobre sus hijos se ha reducido considerablemente. Mientras que la familia quede liberada, cada vez más, a sus propios recursos, las relaciones sociales de raza y de clase y de sexo han sido tema, cada vez más, de limitación legal, para impedir explotaciones. Estos cambios también se han asociado en parte al movimiento socialista, aunque sólo indirectamente estén relacionados con el control gubernamental de la economía. En todo caso, también ellos constituyen desarrollos legales que no son fáciles de reconciliar con las categorías jurídicas tradicionales.

Asimismo, el derecho penal ha tenido cambios drásticos, virtualmente en todos los países de Occidente, como resultado de la integración y colectivización de la economía, la urbanización, la producción en masa, la industrialización y fenómenos afines. Han surgido nuevos tipos de delito: el robo en gran escala de propiedad corporativa, ya fuese propiedad del Estado o de una gran empresa; el delito "de cuello blanco", que incluye el fraude al fisco, la estafa y las violaciones antimonopólicas; el tráfico de drogas y delitos afines que se cometen en las calles y, en el otro extremo de la gama, los delitos políticos e ideológicos, que han llegado a predominar sobre los "tradicionales" delitos de asesinato, violación, allanamiento, robo e incendio. Los cambios críticos ocurridos en la naturaleza y la incidencia del delito han ido acompañados por cambios de comparable importancia en las teorías del delito y el castigo y en las prácticas de aplicación de la ley.

Estos cambios y otros ocurridos en los sistemas jurídicos de los países de Occidente pueden llamarse revolucionarios, no sólo en el sentido de que son fundamentales y se han dado con relativa rapidez, sino también en el sentido de que constituyen una respuesta a alteraciones políticas, económicas y sociales revolucionarias. En Rusia y algunos otros países ese disturbio ha adoptado la forma de un tipo clásico de revolución, en que un tipo de orden político, social y económico y un sistema de creencias fueron reemplazados violentamente por otros. En otros países, los cambios han adoptado la forma más discreta de integración de la vida nacional, por medio de la tecnología y las comunicaciones, por medio de su organización creciente en unidades más grandes y por medio de un control gubernamental cada vez mayor. Sin embargo, por doquier, esto ha sido mucho más que una revolución tecnológica; también ha sido una revolución política e ideológica.

La historia del derecho occidental se encuentra en un punto de cambio tan agudo y crucial como los que marcaron la Revolución francesa de 1789, la inglesa de 1640 y la alemana de 1517. Las dos generaciones transcurridas desde que estalló la Revolución rusa han presenciado —no sólo en la Unión Soviética, sino por todo el Occidente— una considerable ruptura con el individualismo del derecho tradicional, una ruptura con su énfasis en la propiedad privada y la libertad de contrato, sus limitaciones y la compensación por daños causados por la actividad empresarial, su rígida actitud moral ante el delito y muchos de sus otros postulados básicos. A la

inversa, también han presenciado un giro hacia el colectivismo en el derecho, hacia un mayor interés en el estado y la propiedad social, la regulación de la libertad contractual en interés de la sociedad, la expansión de la indemnización por daños causados por la actividad empresarial, una actitud más utilitaria que moral hacia el delito y muchos otros nuevos postulados básicos.

Estos cambios radicales constituyen un gran desafío a las tradicionales instituciones jurídicas de Occidente, sus procedimientos, valores, conceptos, reglas y modos de pensar. Amenazan la objetividad del derecho, ya que hacen del Estado una parte invisible de casi todos los procedimientos jurídicos entre individuos o empresas, el mismo Estado que había legislado la ley aplicable y nombrado al tribunal. Esta presión invisible aumenta en los países comunistas en virtud de unos poderosos controles centrales, puestos no sólo a la vida económica, sino también a la vida política, cultural e ideológica; y también en los países no comunistas han aumentado esos controles centrales puestos en la esfera no económica, aunque habitualmente han estado más en manos de grandes organizaciones burocráticas que en las del Estado como tal.

En la medida en que la actual crisis es comparable a crisis revolucionarias que han afectado la tradición jurídica occidental del pasado, se puede apelar a los recursos de toda esa tradición para superarla, así como ellos mismos fueron convocados para superar anteriores crisis revolucionarias. Pero la actual crisis llega más hondo. Es no sólo del individualismo tal como se ha desarrollado desde el siglo XVIII, o del liberalismo como ha evolucionado desde el XVII, o del secularismo, según se ha desarrollado desde el XVI; también es una crisis de toda la tradición como ha existido desde finales del siglo XI.

Sólo cuatro —las primeras— de las 10 características básicas de la tradición jurídica occidental siguen siendo básicas del derecho en Occidente.

1. El derecho continúa teniendo una autonomía relativa, en el sentido de que permanece diferenciado de la política y de la religión, así como de otros tipos de instituciones sociales y de otras disciplinas de estudio.

2. Se le sigue confiando al cultivo de especialistas profesionales, legisladores, jueces, juristas y jurisconsultos.

3. Aún florecen centros de preparación jurídica donde las instituciones legales son conceptualizadas y, hasta cierto punto, sistematizadas.

4. Esa preparación jurídica aún constituye un metaderecho por el cual son evaluadas y explicadas las instituciones y reglas jurídicas.

Importa subrayar la supervivencia de estas cuatro características, ya que en Rusia, durante los primeros años de la Revolución y nuevamente a comienzos de los treinta, se lanzaron enérgicos ataques —como en el caso de las grandes revoluciones anteriores— contra la autonomía del derecho, su carácter profesional y su carácter de disciplina y de ciencia aprendida. Asimismo, en otros países de Occidente, de cuando en cuando se propuso

durante los veinte y los treinta, en parte bajo la influencia marxista-leninista, que se eliminaran el derecho y los abogados, o que al menos se restringiera grandemente su importancia, por ser innecesarios y nocivos a la sociedad. En el decenio de 1960 y comienzos del de 1970, la Revolución china adoptó estas ideas con gran seriedad: se cerraron todas las escuelas de derecho y desaparecieron casi todos los abogados. Sólo desde finales de los treinta en la Unión Soviética y desde finales de los setenta en la República Popular China se ha denunciado esto como "nihilismo legal".

Las otras seis características atribuidas a la tradición jurídica occidental se han debilitado severamente en la última parte del siglo XX, sobre todo en los Estados Unidos.

5. El derecho en el siglo actual, en teoría y en práctica, ha sido tratado cada vez menos como un cuerpo coherente, un organismo, un *corpus iuris*, y cada vez más como una mezcla, como una masa fragmentada de decisiones *ad hoc* y de reglas en conflicto, unidas sólo por "técnicas" comunes. El antiguo metaderecho se ha descompuesto y ha sido remplazado por una especie de cinismo. La catalogación decimonónica en campos de derecho es considerada caduca cada vez más. Otros elementos estructurales del derecho, más viejos aún —como, en Inglaterra y en los Estados Unidos, las formas de acción por las que en un tiempo fue integrado el derecho común inglés, del que Maitland dijo aún en 1906 que "nos gobiernan desde la tumba"— están casi enteramente olvidados. La división efectuada en el siglo XVI de todo derecho en público y privado ha tenido que ceder ante lo que Roscoe Pound, a mediados del decenio de 1930, llamó el "nuevo feudalismo". Y, sin embargo, es un feudalismo carente del concepto esencial de una jerarquía de las fuentes del derecho por el cual se puede acomodar toda una pluralidad de jurisdicciones y también se pueden armonizar reglas jurídicas en conflicto. A falta de teorías nuevas que den orden y congruencia a la estructura jurídica, se invoca un pragmatismo primitivo para justificar reglas y decisiones individuales.

6. La fe en el desarrollo del derecho, su carácter continuado a lo largo de generaciones y de siglos, también se ha debilitado considerablemente. En general, se sostiene la idea de que el desarrollo del derecho —su aparente crecimiento mediante una reinterpretación del pasado, ya sea que el pasado se presente por precedentes o por codificación— no pasa de ser ideológico. Se presenta al derecho como si no tuviese historia propia, y la historia que proclama presentar es tratada, en el mejor de los casos, como una cronología y, en el peor, como simple ilusión.

7. Los cambios ocurridos al derecho en el pasado, así como los que están ocurriendo en el presente, no son considerados como respuestas a la lógica interna del desarrollo legal, ni como resoluciones de las tensiones entre la ciencia jurídica y la práctica legal, sino, antes bien, como respuestas a la presión de fuerzas exteriores.

8. La idea de que el derecho trasciende la política —la idea de que en

cualquier momento, o al menos en su desarrollo histórico, el derecho es distinto del Estado— parece haber ido cediendo gradualmente ante la idea de que el derecho en todo momento es básicamente un instrumento del Estado, es decir, un medio de imponer la voluntad de quienes ejercen la autoridad política.

9. La fuente de la supremacía del derecho en la pluralidad de las jurisdicciones y sistemas legales dentro de un mismo orden legal es amenazada en el siglo XX, en cada país, por una tendencia a aglutinar las diversas jurisdicciones y sistemas en un solo programa central de legislación y de regulación administrativa. Hace mucho tiempo que las iglesias han dejado de constituir un contrapeso jurídico eficaz a las autoridades seculares. La costumbre de las comunidades mercantiles y de otras comunidades autónomas, dentro del orden social y económico, se ha visto superada por controles legislativos y administrativos. El derecho internacional ha ensanchado sus pretensiones teóricas de superar al derecho nacional, pero, en la práctica, el segundo ha incorporado expresamente el primero o bien se ha vuelto ineficaz como recurso para ciudadanos particulares. En sistemas federales como el de los Estados Unidos ha disminuido radicalmente la oportunidad de escapar de un conjunto de tribunales a otro. El concepto de Blackstone, de hace dos siglos, de que vivimos bajo un número considerable de sistemas jurídicos diferentes, casi no tiene ningún correlato en el pensamiento jurídico contemporáneo.

10. La idea de que la tradición jurídica occidental trasciende la revolución, de que precede y sobrevive a los grandes disturbios totales que periódicamente han sumergido a las naciones de Occidente, se ve desafiada por la idea opuesta de que la ley está totalmente subordinada a la revolución. El derrocamiento de un conjunto de instituciones políticas y su remplazo por otro conduce a un derecho enteramente nuevo. Y aun si se conservan las viejas formas, se nos dice que están ocupadas por un contenido nuevo, que sirven a nuevos propósitos y que no se les debe identificar con el pasado.

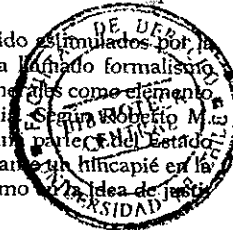
La crisis de la tradición jurídica occidental no es sólo una crisis de la filosofía jurídica, sino también del propio derecho. Los filósofos del derecho siempre han discutido (y puede suponerse que siempre discutirán) sobre si el derecho se funda en la razón y la moral o si no es más que la voluntad del jefe político. No se necesita resolver este debate para concluir que, como hecho histórico, los sistemas jurídicos de todas las naciones que son herederos de la tradición jurídica occidental han tenido raíces en ciertas creencias o postulados: es decir, los propios sistemas jurídicos han presupuesto la validez de esas creencias. Hoy, esas creencias o postulados —como la integridad estructural del derecho, su continuidad, sus raíces religiosas, sus cualidades trascendentes— van desapareciendo con rapidez, no sólo en la mente de los filósofos y de los legisladores, jueces, juristas, profesores de derecho y otros miembros de la profesión jurídica, sino también en la conciencia de la gran mayoría de los ciudadanos, del pueblo en

general; y, lo que es más, van desapareciendo del derecho mismo. El derecho va quedando más fragmentado, más subjetivo, más tendiente a la eficiencia y menos a la moral, más interesado en las consecuencias inmediatas y menos en la congruencia o la continuidad. De esta manera, el suelo histórico de la tradición jurídica occidental está empobreciéndose en el siglo XX, y la tradición misma amenaza con desplomarse.

La descomposición de la tradición jurídica occidental brota sólo en parte de las revoluciones socialistas que se inauguraron en Rusia en octubre de 1917, y que gradualmente han ido cundiendo por el Occidente (y también por otras partes del mundo), aunque a menudo en formas relativamente benignas. Sólo en parte brota de la enorme intervención del Estado en la economía de las naciones (Estado benefactor), y sólo en parte de la inmensa burocratización de la vida social y económica por medio de enormes entidades corporativas centralizadas (el Estado corporativo). Mucho más se debe a la crisis de la propia civilización occidental, comenzando en 1914 con el estallido de la primera Guerra Mundial. Esto fue más que una revolución económica y tecnológica, aún más que una revolución política. De no haber existido, la sociedad occidental habría podido adaptar sus instituciones jurídicas para satisfacer las nuevas demandas, como lo había hecho en situaciones revolucionarias del pasado. La sociedad occidental habría podido dar cabida al socialismo —de cualquiera de sus variedades— dentro de su tradición jurídica. Pero no se puede dar cabida a la desintegración de los fundamentos mismos de esa tradición; y el mayor desafío a esos fundamentos es la terrible pérdida de confianza en el Occidente mismo como civilización, como comunidad, y en la tradición jurídica que durante nueve siglos ha ayudado a sostenerla.

Casi todas las naciones de Occidente se ven hoy amenazadas por un cinismo ante el derecho que conduce a un desprecio al derecho en todas las clases de la población. Las ciudades son cada vez más inseguras. El sistema de beneficencia casi se ha descompuesto bajo regulaciones imposibles de aplicar. Hay una generalizada violación de las leyes fiscales por ricos y pobres y por quienes están en medio. Casi no hay profesión que no se vea de una u otra forma atrapada en una violación de las regulaciones gubernamentales. Y el gobierno mismo, de arriba abajo, se ve envuelto en ilegalidades. Pero esto no es lo principal. Lo principal es que los únicos que parecen tener remordimientos de conciencia por ello son los pocos cuyos delitos han sido revelados.

El desprecio al derecho y el cinismo ante él han sido estimulados por la rebelión contemporánea contra lo que a veces se ha llamado formalismo legal, que subraya la aplicación uniforme de reglas generales como elemento básico del razonamiento jurídico y la idea de justicia. Según Roberto M. Unger, con el desarrollo del Estado benefactor, por una parte, y del Estado corporativo, por la otra, el formalismo está cediendo ante un cinismo en la política pública, tanto en el razonamiento jurídico como en la idea de justicia.



cia.³² El razonamiento jurídico orientado hacia la política, escribe Unger, se caracteriza por su insistencia en altos niveles de imparcialidad y de responsabilidad social. Conecta este cambio del pensamiento jurídico occidental "posliberal" con un cambio de ideas con respecto al idioma. "Al idioma ya no se le acredita la fijeza de las categorías y la representación transparente del mundo que haría plausible el formalismo en el razonamiento legal, o en las ideas acerca de justicia."³³ Así descrita, la rebelión contra el formalismo legal parece a la vez inevitable y benigna. Y, sin embargo, ¿qué impedirá que la justicia discrecional se convierta en instrumento de represión y hasta en pretexto para la barbarie y la brutalidad, como en la Alemania nazi? Unger sostiene que esto se puede impedir creando un poderoso sentido de comunidad dentro de los diversos grupos que una sociedad comprende. Pero, por desgracia, la creación de semejante pluralismo de grupo se ve frustrada por algunas de las mismas consideraciones subyacentes en el ataque al formalismo legal. La mayoría de las comunidades en que no todos se conocen apenas pueden sobrevivir largo tiempo, y mucho menos interactuar sin elaborados sistemas de reglas, sean consuetudinarios o impuestos. Esto no es negar que, a finales del siglo XIX y comienzos del XX, en muchos países de Occidente hubo una preocupación excesiva por la coherencia lógica en el derecho, que aún persiste en algunos rumbos; sin embargo, la reacción contra esto pierde toda justificación cuando se convierte en un ataque a las reglas *per se* y a la tradición occidental de legalidad, que busca un equilibrio entre la regla, el precedente, la política y la equidad.

El ataque a cualquiera de estos cuatro factores tiende a debilitar a los demás. En nombre del antiformalismo, la "política pública" está cerca de contener, peligrosamente, la voluntad de aquellos que en la actualidad tienen el poder: la "justicia social" y la "racionalidad sustantiva" se han identificado con el pragmatismo. La "imparcialidad" ha perdido sus raíces históricas y filosóficas, y es sacudida por el viento de cada doctrina que se pone de moda. El idioma del derecho no sólo parece necesariamente complejo, ambiguo y retórico (lo que sí es), sino también contingente, contemporáneo y arbitrario (lo que no es). Éstos son heraldos de una época no sólo "posliberal", sino también "postoccidental".

El cinismo ante el derecho y la falta de derecho no será superado adhiriéndose a un supuesto realismo que niega la autonomía, la integridad y la continuidad de nuestra tradición jurídica. En palabras de Edmund Burke, quienes no miran hacia atrás, a sus antepasados, no mirarán hacia adelante, a su posteridad.

Esto no significa, desde luego, que el estudio del pasado salvará a la sociedad. Ésta avanza inevitablemente al futuro, pero lo hace caminando hacia atrás, por decirlo así, con la mirada en el pasado. Dijo Oliver Cromwell: "El hombre nunca alcanza un estado tan alto como cuando no sabe a dónde va." Cromwell comprendió la importancia revolucionaria del respeto a la tradición en épocas de crisis.

HACIA UNA TEORÍA SOCIAL DEL DERECHO

Dos términos que han dado forma al pensamiento del hombre moderno acerca del pasado hacen difícil captar el significado de la tradición jurídica occidental.

El primero es "medieval", que entró en uso en el siglo XVI para designar, por una parte, el periodo transcurrido entre el cristianismo temprano y la Reforma protestante y, por otro, el que va de la Antigüedad clásica al "nuevo humanismo" (el Renacimiento, como fue llamado por Michelet tres siglos después). El término "medieval" también gustó a los partidarios de la Contrarreforma católica, porque no sólo implicaba que el protestantismo era una innovación, sino también que el catolicismo tenía una continuidad ininterrumpida al menos desde la época de Constantino. Con el tiempo, el término también resultó conveniente para la historiografía nacionalista del siglo XIX, pues pareció definir el periodo transcurrido entre la decadencia del Imperio romano y el surgimiento de los Estados nacionales soberanos.

¡Cuán sorprendente resulta, entonces, descubrir que virtualmente todos los modernos sistemas jurídicos occidentales se originaron a mediados de la Edad Media!

El segundo término que hay que conjurar es "feudalismo", que llegó a identificarse con la formación socioeconómica de la Edad Media. La época medieval del feudalismo fue contrastada con la época moderna del capitalismo. Este fue asociado al individualismo y al protestantismo, así como el feudalismo fue asociado al tradicionalismo y al catolicismo.

El concepto de feudalismo está casi tan preñado de suposiciones ideológicas ocultas como el concepto de Edad Media. El adjetivo "feudal", derivado del sustantivo concreto "feudo" (*feod*), tuvo significados técnicos, políticos, económicos y jurídicos desde el siglo XI; pero el sustantivo abstracto "feudalismo", para referirse a todo el sistema socioeconómico, fue inventado hasta el siglo XVIII.³⁴ La Revolución francesa se propuso abolir el feudalismo (*féodalité*) y la sociedad feudal (*la société féodale*). Un decreto del 11 de agosto de 1789 proclamaba: "La Asamblea Nacional declara abolido el régimen feudal." Como lo ha dicho Marc Bloch: "¿Cómo podría negarse, en adelante, la realidad de un sistema que había costado tanto trabajo destruir?"³⁵ La ironía de Bloch queda justificada por una declaración ulterior de un importante historiador marxista inglés, Christopher Hill. Atacando la idea de que el feudalismo terminó junto con la servidumbre en el siglo XVI, observó Hill que "Si el feudalismo queda abolido con la servidumbre, entonces Francia en 1788 no era un Estado feudal, y nunca ha habido una revolución burguesa en el sentido de una revolución que derrocó al Estado feudal".³⁶ En otras palabras, el feudalismo no pudo haber terminado 200 años antes de 1789; de haberlo hecho, la Revolución

francesa se habría emprendido en vano y, lo que es aún más grave, la teoría marxista estaría errada.

De este modo, todas las ideologías del siglo XIX, incluso el marxismo, conspiraron para minimizar, negar o pasar por alto las profundas raíces de las instituciones y valores occidentales modernos en la época preprotestante, prehumanista, prenacionalista, preindividualista y precapitalista; y todas conspiraron para ocultar la ruptura en la historia occidental ocurrida a finales del siglo XI y en el XII. Esta falsa periodización de la historia occidental no sólo causó muchos errores de parte de los historiadores tradicionales con respecto al avance de la historia, de una época medieval a una moderna, sino que también frustró los esfuerzos de los teóricos sociales por seguir las líneas de una sociedad moderna a una sociedad "nueva" (socialista, posliberal, posmoderna).

La idea de que la sociedad occidental se desarrolló pasando de una época de feudalismo a una de capitalismo, a menudo implica que la estructura básica de un orden social es económica, y que el derecho es parte de una "superestructura ideológica", empleada por quienes ejercen el poder económico como medio de llevar adelante su política. Sin embargo, no puede interpretarse la tradición jurídica occidental simplemente como un instrumento de dominación, sea económica o política; también debe verse como parte importante de la estructura básica de la sociedad occidental. Es un reflejo y a la vez un determinante del desarrollo económico y político. Sin derecho constitucional, corporativo, de contrato, de propiedad y los otros campos del derecho que se desarrollaron en Europa occidental del siglo XII al XV, no habrían podido ocurrir los cambios económicos y políticos de los siglos XVII a XIX que los teóricos sociales contemporáneos han identificado con el capitalismo.

Además, la palabra feudalismo puede emplearse para oscurecer el hecho de que las instituciones y los valores jurídicos occidentales en su periodo formativo de desarrollo con frecuencia desafiaron al prevaleciente sistema político y económico. Hubo luchas recurrentes entre el derecho y la opresión feudal de clases, entre el derecho y el poderío de los magnates urbanos, entre el derecho y los intereses eclesiásticos, entre el derecho y la dominación real. Los siervos que escapaban a las ciudades exigían su libertad, de acuerdo con el derecho urbano, después de vivir en ellas un año y un día. Hubo ciudadanos que se rebelaron contra sus gobernantes urbanos en nombre de principios constitucionales declarados en las cartas constitutivas de la ciudad. Hubo varones que exigieron derechos y privilegios antiguos a los reyes. Príncipes y papas combatieron entre sí afirmando cada uno que el poderío socioeconómico del otro se estaba ejerciendo en violación de derechos jurídicos divinos y naturales, contra el espíritu de las leyes y aun contra su letra. En estas luchas y en otras se invocó la ley contra hechos y condiciones materiales prevalecientes; se volvió en contra de la misma estructura social que la había engendrado, por decirlo así.

De manera similar, en la historia occidental se ha invocado periódicamente el derecho contra los prevalecientes valores políticos y morales de la sociedad, los mismos valores que, podría decirse, lo engendraron y que supuestamente comparte. Se invoca el derecho para proteger al disidente, al hereje, aunque las autoridades políticas y la opinión pública misma condenen la disidencia o la herejía. El derecho puede proteger lo colectivo contra el individualismo dominante, o al individuo contra un colectivismo dominante. Esta lealtad del derecho a sus propios valores es difícil de explicar como teoría instrumental que considerara las instituciones jurídicas tan sólo como un arma de la clase dominante o de la élite política.

El derecho —al menos en la historia occidental— no puede reducirse tampoco a las condiciones materiales de la sociedad que lo produce o al sistema de ideas y valores; también debe verse, en parte, como factor independiente, una de las causas y no sólo uno de los resultados de los avances sociales, económicos, políticos, intelectuales, morales y religiosos.

La primera tarea de una teoría social del derecho en la actualidad —casi un siglo y medio después de Carlos Marx y casi un siglo después de Max Weber— consiste en escapar de conceptos sobresimplificados de causa y de derecho. Digan lo que digan los filósofos acerca de idealismo y de materialismo, desde un punto de vista histórico el hecho de que Hegel estuvo errado al suponer que la conciencia determina al ser no significa que Marx tuvo razón diciendo que el ser determina la conciencia. En la historia, en la vida real, ninguno de ellos "determina" al otro; por lo general van unidos; y cuando no es así, a veces es uno y a veces es otro el que adquiere importancia decisiva. Una teoría social del derecho debe subrayar la interacción de espíritu y de materia, de ideas y experiencia, en su definición y análisis del derecho. Debe unir las tres escuelas tradicionales de jurisprudencia —la política (positivismo), la moral (teoría del derecho natural) y la histórica (jurisprudencia histórica)— en una jurisprudencia *integrativa*.

Hoy, la segunda tarea de una teoría social del derecho consiste en adoptar una historiografía que sea apropiada a la historia jurídica, y no una que se derive principalmente de la historia económica, la historia de la filosofía u otros tipos de historia. Una teoría social del derecho debe reconocer que empezaron a construirse sistemas jurídicos en Occidente a finales del siglo XI y en el XII, y que algunas de las características fundamentales de esos sistemas jurídicos han sobrevivido a las grandes revoluciones nacionales de los siglos XVI al XX. Otro hecho al que se debe hacer frente es que el primer sistema jurídico occidental moderno fue el derecho canónico de la Iglesia católica romana, y que ese sistema jurídico posee muchas características en común con lo que los sociólogos contemporáneos llaman los sistemas secular, racional, materialista e individualista de la sociedad capitalista liberal. El dualismo de las jurisdicciones eclesiástica y secular es un rasgo distintivo, si no exclusivo, de la cultura occidental.

Y, sin duda, una teoría social del derecho debe explicar también esto. Semejante explicación tendría que incluir además el concepto occidental que admite diversos grupos corporativos dentro de la jurisdicción secular, cada uno con su propio derecho, y la relación de ese pluralismo con el dualismo de lo secular y lo eclesiástico. Este es un problema historiográfico y no sólo sociológico, pues incluye una interpretación de las grandes revoluciones de la historia occidental a través de las cuales los Estados nacionales han devorado una gran parte de la jurisdicción de la Iglesia y, a la postre, también una gran parte de la jurisdicción de los diversos grupos dentro del orden secular.

Semejante historiografía conduciría a una teoría social *general* que no sólo considerase la historia occidental, básicamente, como una serie de transiciones del feudalismo al capitalismo y al socialismo, sino, antes bien, como una serie de transiciones de diversos grupos corporativos dentro de una general unidad eclesiástica a Estados nacionales dentro de una unidad cultural y religiosa, general pero invisible, y luego a unos Estados nacionales fuera de una unidad general occidental, buscando nuevas formas de unidad en escala universal.

Adoptando esta perspectiva histórica, una teoría social *del derecho* se preocuparía por el grado en que la tradición jurídica occidental siempre ha dependido, incluso en los días de gloria del Estado nacional, de la fe en la existencia de un cuerpo de leyes más allá de la ley de las supremas autoridades políticas, en un tiempo llamado derecho divino, luego derecho natural y recientemente derechos humanos, y por la medida en que esta fe, a su vez, siempre ha dependido de la vitalidad de los sistemas jurídicos autónomos de comunidades dentro de la nación (ciudades, naciones, sindicatos), así como comunidades que atraviesan las fronteras nacionales (asociaciones mercantiles y bancarias internacionales, agencias internacionales, iglesias).

Además, es tarea de la teoría social contemporánea del derecho estudiar el destino de éste en períodos de cambio revolucionario, no tanto para examinar la rápida sustitución de las leyes antiguas por las nuevas, sino, antes bien, para examinar los modos en que se echan o no los fundamentos de un orden jurídico estable y justo en el futuro, una vez aplacada la revolución.

Por último, una teoría social del derecho debe pasar del estudio de los sistemas jurídicos occidentales y de la tradición jurídica occidental al estudio de los sistemas y tradiciones jurídicas no occidentales, de la unión del derecho occidental con el no occidental y del desarrollo de un lenguaje jurídico común para toda la humanidad, pues sólo en esa dirección podremos salir de la crisis de la tradición jurídica occidental de finales del siglo xx.

