

Una historia de la justicia

Del mismo autor

Introduzione allo studio della storia moderna (en colaboración
con G. C. Angelozzi y C. Penuti), Bolonia, 1999

*Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società
fra Medioevo ed Età moderna*, al cuidado de P. Prodi, Bolonia, 1994

Storia di Venezia, al cuidado de G. Cozzi y P. Prodi, Roma, 1994

*Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale
dell'Occidente*, Bolonia, 1992

“The structure and organization of the Church in Renaissance Venice:
Suggestions for research”, en *Renaissance Venice*, editado por J. Hale,
Londres, 1973

Una historia de la justicia ha sido publicada en alemán por C. H. Beck
con el título *Eine Geschichte der Gerechtigkeit. Vom Recht Gottes zum
modernen Rechtsstaat*.

Paolo Prodi

Una historia de la justicia

De la pluralidad de fueros
al dualismo moderno
entre conciencia y derecho

Traducido por Luciano Padilla López

Primera edición, 2008

© Katz Editores
Charlone 216
C1427BXF-Buenos Aires
Fernán González, 59 Bajo A
28009 Madrid
www.katzeditores.com

Título de la edición original: *Una storia della giustizia.
Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza
e diritto*

© 2000, Società Editrice Il Mulino, Bologna

ISBN Argentina: 978-987-1283-77-4
ISBN España: 978-84-96859-31-9

I. Derecho y Moral. I. Padilla López, Luciano, trad. II. Título
CDD 340 : 170

La traducción de esta obra ha sido financiada por
el SEPS – Segretariato Europeo per le Pubblicazioni
Scientifiche



Via Val d'Aposa 7 - 40123 Bologna - Italia
seps@seps.it - www.seps.it

El contenido intelectual de esta obra se encuentra
protegido por diversas leyes y tratados internacionales
que prohíben la reproducción íntegra o extractada,
realizada por cualquier procedimiento, que no cuente
con la autorización expresa del editor.

Diseño de colección: tholön kunst

Impreso en España por Romanyà Valls S.A.
08786 Capellades
Depósito legal: B-43.524-2008

Índice

- 11 Prólogo

- 21 I. JUSTICIA DE LOS HOMBRES, JUSTICIA DE DIOS
- 21 1. Jerusalén y Atenas
- 25 2. De la sinagoga a la iglesia
- 28 3. La Iglesia de los orígenes y Roma
- 32 4. Praxis penitencial y jurisdicción en la Iglesia de los primeros siglos
- 36 5. En el imperio cristiano de Oriente: la justicia del Estado es la justicia de Dios
- 38 6. Los orígenes del dualismo del fuero en Occidente
- 46 7. Los libros penitenciales
- 50 8. Abelardo y el nacimiento de la ética cristiana

- 55 II. LA JUSTICIA DE LA IGLESIA
- 55 1. La revolución papal
- 60 2. La gestación del derecho canónico como reglamento
- 65 3. La definición de la penitencia como sacramento
- 70 4. El “De poenitentia” en Graciano y en los decretistas
- 73 5. La confesión anual obligatoria “*proprio sacerdoti*”
- 80 6. Las primeras *Summae confessorum*
- 85 7. La Inquisición y el pecado oculto
- 90 8. La excomunión, los “pecados reservados” y el desarrollo de la Penitenciaría

99	III. <i>UTRUMQUE IUS IN UTROQUE FORO</i>
99	1. Pluralidad de reglamentos
104	2. Derecho natural y derecho romano
113	3. El problema del derecho común
117	4. Derechos universales y derechos particulares
119	5. <i>Utrumque ius in utroque foro</i>
122	6. El nacimiento del derecho penal público
126	7. Las “ <i>differentiae inter ius canonicum et civile</i> ”
130	8. Las diferencias entre el derecho canónico y la teología: <i>ius fori</i> y <i>ius poli</i>
134	9. La ley como problema
143	IV. EL CONFLICTO ENTRE LEY Y CONCIENCIA
143	1. El ascenso de la ley positiva
150	2. El soberano pontífice: legislador y juez
155	3. La justicia del príncipe
161	4. Los nuevos universos normativos
165	5. La fractura entre conciencia y derecho positivo: Jean Gerson
171	6. La norma moral entre derecho divino y derecho positivo
178	7. La ley positiva: ¿obligatoria en conciencia?
186	8. Ley penal y ley moral
194	9. Miedo y confesión, pecado y delito en vísperas de la Reforma
201	V. LA SOLUCIÓN EVANGÉLICO-REFORMADA
201	1. Confesionalización y nacimiento de las iglesias territoriales
205	2. El cristianismo radical
212	3. Dos reinos y tres fueros: la Iglesia evangélica entre movimiento e institución
217	4. La ciudad, nueva Jerusalén
222	5. Del derecho canónico al “ <i>Ius ecclesiasticum protestantium</i> ”
226	6. Las “ <i>Kirchenordnungen</i> ” u ordenanzas eclesiásticas
231	7. El fuero interno y la confesión privada
237	8. La penitencia pública y la excomunión
243	9. Pecado y delito

247	VI. LA SOLUCIÓN CATÓLICO-TRIDENTINA
247	1. El Concilio de Trento y la modernidad
253	2. El Concilio de Trento y el derecho canónico
256	3. El ocaso del derecho canónico
259	4. El fuero penitencial: la confesión tridentina
264	5. El fuero episcopal
272	6. La confesión y los casos reservados
281	7. Los tribunales de la curia romana
287	8. Entre “ <i>Regimen reipublicae christianae</i> ” y poder indirecto
295	9. Paolo Sarpi
299	VII. LA NORMA: EL DERECHO DE LA MORAL
299	1. La juridización de la conciencia
305	2. El nacimiento de la teología moral
311	3. Los tratados “ <i>de iustitia et iure</i> ”
316	4. Del derecho natural al iusnaturalismo
321	5. La ética protestante
326	6. La ética laica
329	7. Hugo Grotius
333	8. Leyes de la conciencia <i>versus</i> leyes positivas
340	9. El “caso” Pascal
345	10. La norma moral católica
351	11. De la norma evangélica a las leyes morales de Kant
359	VIII. LA NORMA: LA MORAL DEL DERECHO
359	1. Sacralización del derecho
362	2. Fuerza y derecho: omnipotencia y soberanía
370	3. Ciencia y omnisciencia del Estado
377	4. Pecado y delito
384	5. Derechos subjetivos y constituciones
391	6. En los inicios del garantismo penal
394	7. Las dos caras del nuevo derecho penal
399	8. Derecho y moral en la era de las constituciones y los códigos
407	9. La moral cristiana
411	10. Pecado y delito en la era de las codificaciones

417	IX. REFLEXIONES ACTUALES:
	LA NORMA UNIDIMENSIONAL
417	1. Sólo una historia
418	2. Los ingredientes conceptuales: norma moral y norma jurídica
424	3. De la pluralidad de reglamentos al dualismo moderno
428	4. Norma moral e iglesias: el diagnóstico de Dietrich Bonhoeffer
431	5. Derecho canónico, pecado y delito
437	6. ¿Una ética sin Iglesia?
440	7. La norma unidimensional
447	Índice de nombres

Moisés habló al pueblo, y dijo: “Obedecerás a la voz del Señor, tu Dios, guardando sus mandamientos y sus estatutos escritos en este libro de la ley; y te convertirás al Señor, tu Dios, con todo tu corazón y con toda tu alma.

Porque este mandamiento que yo te intimo hoy no es demasiado alto para ti ni es cosa que te esté demasiado lejos. No está en el cielo, para que digas: ¿Quién subirá por nosotros al cielo, y nos lo traerá y nos lo dará a oír, para que lo cumplamos? Ni está de la otra parte de la mar, para que digas: ¿Quién pasará por nosotros la mar, para que nos lo traiga y nos lo dé a oír y así lo cumplamos? Porque muy cerca de ti está la palabra, en tu boca y en tu corazón, para que la cumplas”.

Deuteronomio, 30, 10-14

Sí, porque no era Zeus el que me daba esta orden; tampoco éstas son leyes que la Justicia, que comparte su morada con los dioses del abismo, establece entre los hombres. Tampoco pienso que tus decretos [oh, Creonte] tienen tanto poder como para lograr que un mortal pueda violar las leyes no escritas e infalibles de los dioses. Porque éstas no nacieron ayer ni hoy, sino que tienen vigencia eterna y nadie sabe dónde y cuándo aparecieron. No puedo ser inculpada, por temor a cualquier arrogancia humana, ante el tribunal de los dioses, de haberlas infringido. Bien sé que debo morir...

Sófocles, *Antígona*, vv. 450 y ss.

Prólogo

Para no ser tomados de inmediato por locos, resulta indispensable explicitar del modo más inequívoco posible, frente a una temática tan enorme y vasta, el objeto específico de investigación y de reflexión, las hipótesis iniciales, el método que se pretende seguir y la meta deseada. Según creo, el título puede aportar, en términos acaso algo brutales pero claros, el sentido del rumbo que tomaremos al hacer referencia a la obra más célebre y discutida de la última mitad del siglo en la reflexión acerca del derecho, *A theory of justice*, de John Rawls.¹ No se cuenta entre mis capacidades ni entre mis intenciones presentar una teoría de la justicia sino sólo intentar una reflexión histórica acerca del modo en que se vivenció y se pensó la justicia dentro de nuestro mundo occidental, a partir de una “tradicición” que forma parte de nuestro patrimonio cultural y que acaso ahora esté llegando a su ocaso, pese a toda brillante invención teórica. Por ende, el mío es en sentido estricto un abordaje histórico que no quiere aportar clave interpretativa alguna sino únicamente plantear problemas. De hecho, el historiador no proporciona soluciones, pero puede ayudar a comprender cómo sucedieron las cosas en el pasado y cómo éstas condicionan, a menudo de modo inconsciente, nuestro presente: entonces, también puede ayudar a evitar diagnósticos errados o ilusorios, con los consiguientes errores en la prescripción de terapias. Si no pretendo ser capaz de articular una teoría de la justicia, tampoco soy tan presuntuoso como para arrogarme la elaboración de una historia de la justicia a lo largo de algunos cientos de páginas: sólo puedo ambicionar presentar algunos elementos o jirones de esa tradición que parecen más bien soslayados en el pensamiento actual.

1 J. Rawls, *A theory of justice*, Cambridge, MA, 1971 [trad. esp.: *Teoría de la justicia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1979].

El punto de partida fue la reflexión —a la que volveremos después, en las últimas páginas— respecto de la actual crisis del derecho: en el momento en que el derecho positivo tiende a normar toda la vida social permeando todos los aspectos de la vida humana, que hasta nuestros años se basaban sobre distintos niveles de normas, osifica a la sociedad misma y se auto-destruye, porque le quita a ésta el talante que le es indispensable para subsistir. Según intuye Jacques Ellul, estamos asistiendo al suicidio del derecho en las jornadas de su mayor triunfo.² Por lo tanto, también constituyen el punto de partida las últimas páginas del volumen anterior, *Il sacramento del potere*.³ Me impulsó a esa indagación el convencimiento de que las raíces de la crisis actual deben buscarse no tanto en el no funcionamiento de las reglas, específicamente de las normas constitucionales, sino más bien en la decadencia del fundamento mismo del pacto político que a lo largo de los siglos permitió el crecimiento del Estado de derecho, liberal y democrático, que constituye la experiencia única de Occidente dentro del marco de la historia de las civilizaciones: un equilibrio dinámico entre el nexo sacral del juramento y la secularización del pacto político, fruto del dualismo entre poder espiritual y poder temporal madurado en el contexto del cristianismo occidental. Ese equilibrio es lo que permitió construir las modernas identidades colectivas de patria y nación, conciliándolas con el desarrollo de los derechos del hombre. Sería muy simple si pudiéramos concebir el Estado de derecho como una conquista definitiva que defender sólo contra ataques externos, como pudieron parecer en nuestro siglo —en una historiografía impostada— los regímenes totalitarios. En realidad, el mal siempre está dentro de nosotros, y aun en los regímenes democráticos más avanzados la amenaza proviene en cierto

2 J. Ellul, “Recherches sur le droit et l’Evangile”, en *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, al cuidado de L. Lombardi Vallauri y G. Dilcher, 2 vols., Baden-Baden y Milán, 1981, pp. 125-126: “El derecho es indispensable para la vida de la sociedad; pero refugiarse de modo *absoluto* en el derecho es mortal, pues niega el calor, la versatilidad, la fluctuación de las relaciones humanas, que resultan indispensables para que un cuerpo social pueda vivir (y no sólo *funcionar*) [...]. Debe tomarse conciencia, sin más, de que a partir de entonces el derecho ya no está destinado a hacer justicia, sino a afirmar la victoria de uno sobre otro. Al rechazar la versatilidad de las relaciones humanas, que podría traducirse en la equidad, se organizó un mecanismo de relaciones jurídicas que en nada tiene por meta la justicia. Los romanos decían: *Summum jus, summa injuria*: un exceso de derecho y de reivindicaciones jurídicas desemboca en una situación en que, a fin de cuentas, el derecho se torna inexistente”.

3 P. Prodi, *Il sacramento del potere. Il giuramento politico nella storia costituzionale dell’Occidente*, Bolonia, 1992.

modo desde el interior, de la tendencia a sacralizar la política; simultáneamente, se pierde de vista aquel dualismo entre esfera del poder y esfera de lo sagrado (pensemos en los actuales movimientos fundamentalistas de todo tipo) que constituyen la base de nuestra vida colectiva. Entonces, al llegar a la conclusión, escribía que

la democracia y el Estado de derecho de que nos ufamamos no son la conquista estable y definitiva de los últimos dos siglos sino el punto de llegada, siempre provisorio e incierto, de una senda tanto más larga: debemos saber transmitir a los nuevos pueblos (también debemos exigirlo de ellos) no sólo el respeto por las técnicas y los mecanismos del sistema democrático, sino, en primer lugar, el espíritu de dualismo, el *humus* que engendró dichos mecanismos y técnicas.

En los últimos años mi reflexión se extendió al ámbito de los órdenes jurídicos. Actualmente no sabemos siquiera –en el presente proceso tempestuoso de globalización– dónde se consumaron algunos delitos: va decayendo el principio, fundamental en el orden de los últimos siglos, de territorialidad de la norma. Las nuevas temáticas relativas al ambiente y a la bioética (basta aludir a las manipulaciones genéticas) no parecen mínimamente controlables dentro del esquema tradicional forjado en la era de las codificaciones. En cambio, el Estado reaccionó llevando al paroxismo la producción de normas jurídicas: así, el derecho positivo desarrolló dos características por completo anómalas con respecto a la tradición jurídica de Occidente, pervasividad y autorreferencialidad. Con la primera invadió cada vez más territorios previamente sustraídos a la norma positiva: de la vida sentimental al deporte, de la salud pública a la escuela, inmensos sectores de la vida cotidiana que en otra época eran regulados por normas no iuspositivas, sino de tipo ético o consuetudinario, competentes al derecho positivo y quedan sometidos a la magistratura ordinaria que aplica artículos e incisos. Pensemos en las querellas que llegan a tribunales acerca de relaciones sexuales en la pareja, entre docentes y estudiantes, padres e hijos, médicos y pacientes, acerca del resultado de competiciones deportivas, entre otras; son, sin excepción, fenómenos impensables hasta hace pocos años. Así, la autorreferencialidad llevó a la ilusión de resolver cualquier problema y cualquier conflicto mediante la norma positiva y la jurisdicción ordinaria: se llega a paralizar a la sociedad, capturada en una jaula, en una red de trama cada vez más compacta, causa no última, además, del fracaso del *welfare state*. ¿Es posible la supervivencia de nuestro sistema sin aquella pluralidad de disposiciones, órdenes y normas que

caracterizó su génesis? En cuanto a su organización, el ideal occidental de justicia –ahora en vías de desaparición– fue resultado de un itinerario mucho más prolongado que el efectuado a partir del iluminismo y de las codificaciones, y se basa sobre la copresencia de un doble plano de normas: el derecho positivo, la norma escrita, y el plano de las normas que escandieron la vida de quienes nos precedieron en los últimos milenios y regularon la vida cotidiana de nuestra sociedad en su hálito más interior: *ethos, mos*, lo consuetudinario, ética, moral, como quiera designárselo. El vínculo entre este doble plano de normas constituyó el hálito –desde dentro de la vida a la necesaria objetivación de las instituciones– de toda la cultura jurídica occidental, hálito que mengua cuando la sociedad está normativizada en una sola dimensión.

Con ello, para explicar la crisis del derecho como organización no basta discurrir acerca de la codificación o de las constituciones de los últimos dos siglos: hace falta retroceder aun más, conforme a una historia de larga duración. La ilusión de los iluministas y de los teóricos del Estado de derecho fue creer que habían resuelto las tensiones y las imperfecciones de los siglos anteriores, características de la etapa de gestación del mundo moderno, en un sistema de garantías estables y en cierto modo definitivas según las cuales derecho y ética coinciden, y la modelización del hombre moderno, con sus derechos subjetivos, es el fruto maduro de un nuevo Edén. Acaso meditar respecto de los afanes de esos siglos de gestación pueda ayudarnos a alcanzar una visión de mayor concreción en el vínculo entre el rostro de todos modos siempre demoníaco del poder y el trabajo constante de rescate por parte del hombre. En mi opinión, la investigación acerca de la concepción de la justicia y de las libertades fundamentales, al igual que la referida a la democracia, no puede efectuarse en la dimensión abstracta de las doctrinas sino que debe restituirse también a la dimensión de la experiencia histórica concreta, en nuestro caso, a la encarnación dualista propia del cristianismo occidental.

Como elemento simbólico de enlace entre la anterior investigación con respecto al pacto político y la presente, querría robar una frase pronunciada por un anónimo consejero de la República Florentina el 31 de julio de 1431: *Deus est Respublica, et qui gubernat Rempublicam gubernat Deum. Item Deus est iustitia, et qui facit iustitiam facit Deum.*⁴ En el volumen anterior intenté comentar la primera parte de esa frase (“Dios es República, y quien gobierna la república gobierna a Dios”); en la presente investiga-

4 Frase que sirve de epígrafe al capítulo II del libro de R. Trexler, *Public life in Renaissance Florence*, Nueva York, 1980.