

Paolo Prodi  
**Una historia de la justicia**  
De la pluralidad de fueros  
al dualismo moderno  
entre conciencia y derecho

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*.

Traducido por Luciano Padilla López

# Índice

Primera edición, 2008

© Katz Editores  
Charlone 216  
C1427BXF-Buenos Aires  
Fernán González, 59 Bajo A  
28009 Madrid  
[www.katzeditores.com](http://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](mailto:seps@seps.it) - [www.seps.it](http://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

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 “ <i>proprio sacerdoti</i> ”
80	6. Las primeras <i>Summae confessorum</i>
85	7. La Inquisición y el pecado oculto
90	8. La excomunión, los “pecados reservados” y el desarrollo de la Penitenciaría

99 III. UTRUMQUE IUS IN UTROQUE FORO

- 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. *Utrumque ius in utroque foro*
- 122 6. El nacimiento del derecho penal público
- 126 7. Las “*differentiae inter ius canonicum et civile*”
- 130 8. Las diferencias entre el derecho canónico y la teología: *ius fori* y *ius poli*
- 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 “*Ius ecclesiasticum protestantium*”
- 226 6. Las “*Kirchenordnungen*” 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 “*Regimen reipublicae christianae*” 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 “*de iustitia et iure*”
- 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 *versus* 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.<sup>1</sup> 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 “tradicción” 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.

<sup>1</sup> 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.<sup>2</sup> Por lo tanto, también constituyen el punto de partida las últimas páginas del volumen anterior, *Il sacramento del potere*.<sup>3</sup> 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 posibilitó 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 nexa 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, perversidad 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 hábito más interior: *ethos, mos*, lo consuetudinario, ética, moral, como quiera designárselo. El vínculo entre este doble plano de normas constituyó el hábito –desde dentro de la vida a la necesaria objetivación de las instituciones– de toda la cultura jurídica occidental, hábito 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.*<sup>4</sup> 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-

ción intento comentar la segunda: “Dios es justicia, y quien efectúa la justicia construye a Dios”. No pretendo referirme a Dios, trascendente o inmanente, y robar su oficio a teólogos y filósofos, sino intentar comprender qué quiso decir para el hombre occidental “hacer a Dios” al hacer la justicia.

Llegados a este punto, resulta oportuno aportar algunas especificaciones concernientes a las problemáticas históricas encaradas y al método seguido. El rango de la investigación, muy presuntuoso pero para cuya plasmación tengo cabal convicción de poder presentar sólo algunos esbozos, abarca desde los orígenes medievales hasta nuestros días; pero tiene su centro de gravedad entre los siglos xv y xvii, momento en que se configura, a nuestro criterio, el sistema organizativo que permite pasar a la etapa de codificación y de constitucionalización: de ello deriva la importancia del subtítulo “de la pluralidad de fueros al dualismo moderno entre conciencia y derecho”, cuya intención es sintetizar la trayectoria histórica que se desea seguir. Desde luego, son necesarias algunas proyecciones hacia atrás, a partir de las raíces hebreas clásicas, y algunas reflexiones acerca de lo contemporáneo, por las cuales siento la urgencia de pedir especiales disculpas a los especialistas.

Pese a ello, en conjunto declaro impudicamente que cada vez me siento más contento de mi rótulo de historiador general y genérico: considero que hemos llegado al punto, tantas veces preanunciado por los doctos, en que la especialización torna obtusa e inútil la investigación, al menos en el ámbito de las conocidas como ciencias humanas. Esto se afirma no sólo para trazar de antemano una línea defensiva contra ataques que pueden probablemente con razón destruir gran parte de las afirmaciones específicas que aquí se proponen, sino también en sentido positivo para caracterizar el modo en que me manejé en el período prolongado tanto como en la muy compleja divisoria de aguas entre historia del pensamiento teológico y jurídico e historia concreta de las instituciones y de los fenómenos. Por consiguiente, al no poder arrogarme competencias de especialista en sectores tan diferentes y con metodologías de investigación tan complejas, la mayor parte de las veces uso ladrillos fabricados por otros: lo novedoso de los resultados de la investigación –o su valor agregado, si queremos formularlo con una terminología económica– deriva del uso de materiales variados que no suelen ser puestos en relación entre sí. Tengo la presunción de creer que tantos colegas inmensamente más versados y sabios no percibieron ciertos problemas porque eran historiadores únicamente de la Iglesia o del derecho canónico, o de la historia constitucional del siglo xix. Auguro que, si no más que ello, mi itinerario alternativo pueda servir para provocar alguna curiosidad por una mirada ajena a esos cotos.

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

Éste no es un vago discurso metodológico respecto de la interdisciplinariedad; considero equívoca, si no dañina, esa denominación. El núcleo mismo de esta investigación se encuentra en ese deslinde donde se cruzan múltiples historias específicas y tan sólo puede ser comprendido si se lo aborda desde distintas vertientes: en el centro de mi atención están los *judicialia* o, para expresarlo mejor, el *fuero* como lugar físico o simbólico donde se ejerce la justicia como juicio acerca del comportamiento humano. Remitiré a un esquema general ya establecido en cuanto a las distintas acepciones y derivaciones del vocablo *fuero* a lo largo del tiempo y en los diferentes contextos semánticos e institucionales;<sup>5</sup> en este caso, me basta afirmar que en el sentido más general, tal como ingresó a las raíces de nuestra civilización occidental merced a las *Etymologiae* de Isidoro de Sevilla, se lo define de este modo: “Forus est exercendarum litium locus [...] Constat autem forus causa, lege et iudicio”. Traducido a la metodología de esta investigación: el fuero es aquel lugar físico o ideal en que las controversias entre los hombres, las causas, se definen concretamente en relación con la ley y con el poder (“causa vocatur a casu”, añade Isidoro).<sup>6</sup> Acerca del problema de la ley, del *nómos*, dentro del marco de la cultura jurídica occidental ya se efectuaron innumerables y profundas investigaciones y, por último, se dispone de la muy pulida síntesis realizada por Donald R. Kelley,<sup>7</sup> a la cual remitimos para dar cuenta del principal escenario donde se desarrolla nuestra línea argumentativa. Ya se procuró en otro lugar examinar el poder y el pacto político; y, desde luego, el tratamiento inherente a la historia constitucional es el trasfondo de cada una de las páginas de esta investigación, aunque deba permanecer en penumbras. Pero en este punto parece que prestar atención al fuero puede ser más interesante, incluso para desbaratar los esquemas abstractos que —efectuados en el ámbito de la historia de las ideas o de las doctrinas en errático salto de un autor a otro— pueden prestarse a notables simplificaciones. De ello deriva el interés por el fuero, por el lugar donde la ley y el poder se encuentran con la realidad

5 B. Fries, *Forum in der Rechtssprache*, Munich, 1963. Acerca de la raíz etimológica del verbo defectivo latino *for, fari, fatus sum* = “hablar”, en el sentido de “ius dicere” y por ende como lugar en el cual se proclama el derecho, véase E. Benveniste, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, vol. II: *Potere, diritto, religione*, Turín, 1976, pp. 382-383 [trad. esp. en vol. I: *El vocabulario de las instituciones indoeuropeas*, Madrid, Taurus, 1983].

6 Libro XVIII, cap. 15 (*Patrologia Latina*, edición al cuidado de J. P. Migne, París, 1844 y ss., vol. 82, col. 650).

7 D. R. Kelley, *The human measure. Social thought in the western legal tradition*, Cambridge, MA, 1990.

cotidiana de los hombres. En estos últimos años, un fuerte estímulo para explorar en esa dirección fue resultado de los nuevos avances de la antropología jurídica: no sólo hace falta ampliar el radio de mira de las instituciones formales comisionadas de administrar la justicia a lo infrajudicial y a los poderes de hecho que cobraron difusión en la sociedad, sino también intentar penetrar en el mundo vívido de la justicia como juicio social acerca de los comportamientos, caracterizados por sus consecuencias concretas, y por ende percibir la promoción de causas en cierto modo como un estado de excepción en un universo judicial cotidiano tanto más complejo. En lo concerniente al itinerario específico de nuestra civilización cristiana occidental, dentro de este marco nos encontramos frente a un concreto desdoblamiento de la jurisdicción entre un fuero externo cuyo administrador es el juez y un fuero interno administrado usualmente por el confesor no como mero perdón de los pecados sino como ejercicio efectivo de un juicio, de un poder sobre el hombre: nuestro mundo actual de justicia y culpa, aun secularizado con el desarrollo del monopolio estatal del derecho y con los descubrimientos del psicoanálisis, no es comprensible si no se tiene en cuenta esa dialéctica histórica.<sup>8</sup>

En la evolución nueva de las tensiones en cuyo decurso se desarrolla el sistema constitucional de Occidente entre medioevo y edad moderna, el fuero representa una suerte de frontera móvil, un confin en incesante desplazamiento, punto donde el poder se materializa en decisiones o sentencias y se vuelve realidad concreta: considero que la primera condición que se debe fijar de antemano para encaminar una investigación de este tipo es quitarse de la mente el estereotipo de la identificación entre el fuero y el lugar físico del tribunal. Por lo general, nuestra historiografía tradicional percibe casi de modo excluyente, presionada por las seculares controversias entre Estado e Iglesia, una frontera casi inmóvil entre el “fuero secular” y el “fuero eclesiástico”. Un vistazo a la literatura jurídica y teológica del medioevo y de la edad moderna nos deja, sin embargo, ante una complejidad terminológica mucho mayor; constan, entre otros: *forum Dei*, *forum Poli*, *forum Ecclesiae*, *forum sacramentale*, *forum sacrum*, *forum cordis*, *forum coeleste*, *forum internum*, *forum spirituale*, *forum animae*, *forum poenitentiae*, *forum secretum*, *forum publicum*, *forum ecclesiasticum*, *forum iudiciale*, *forum fori*, *forum externum*, *forum contentiosum*, *forum saeculare*, *forum politicum*. Sin excepción, son términos que en parte se contraponen y en parte se superponen de modo complejo: el elemento común es

8 P. Legendre, *Les enfants du texte. Étude sur la fonction parentale des États (Leçons VI)*, París, 1992, pp. 370-396.

el de tornar concreta una norma (divina, natural o humana) en un caso concreto mediante un poder de coerción. El problema consiste, pues, en procurar notar cómo se mueve esa dislocación del poder más allá de las ambigüedades mismas de los juristas, quienes por cierto siempre tienden a defender el sistema al cual están ligados. En mi opinión, para intentar comprender este fenómeno son indispensables dos condiciones metodológicas: a) no recluirse, como ya se ha afirmado, en una historia aislada (del derecho canónico, de la teología, de las doctrinas políticas y demás); b) hacer un seguimiento de ese confín, de esa frontera móvil que se desplaza a lo largo de los siglos y de los países.

Entonces, si seguimos esa frontera móvil y poliforme del fuero, nos encontramos ante el vínculo entre la norma como imperativo, positivo o negativo, y la sanción, como constricción o pena, en cuanto acto coactivo tendiente al restablecimiento de la justicia. No podemos afrontar aquí ese problema –alguna reflexión adicional podrá efectuarse en las páginas finales–; pero desde el principio es preciso ser cauto y no colocar ingenuamente el confín entre la esfera del derecho y la esfera de la moral sobre el hecho de que el derecho está caracterizado por la posibilidad de poner en práctica un sistema coactivo mientras que la moral no. Ya Hans Kelsen en su madurez, y especialmente en los ensayos escritos después de la experiencia nazi y del acercamiento a los Estados Unidos,<sup>9</sup> ponía en guardia –aun-

que defendiera la “teoría pura del derecho” contra las teorías iusnaturalistas– contra una visión superficialmente positivista, demostrando que también las costumbres y la moral, al igual que el derecho, alumbran un poder concreto de coerción suyo, aunque este último no se expresa en multas o en años de cárcel sino con sanciones basadas sobre la pérdida de rol social o sobre la amenaza con penas inmateriales, no visibles, pero no menos eficaces si forman parte de una creencia extendida que involucra a la generalidad, tal como el castigo o la felicidad eternos. Por ello, en la historia concreta de la civilización cristiana occidental, el nodo medular para comprender ese hábito que permitió el nacimiento del Estado de derecho y del ideal liberal es la paulatina distinción entre el concepto de pecado, como desobediencia a la ley moral, y el concepto de delito, como desobediencia a la ley positiva. Precisamente para comprender esa trayectoria, parece necesario volver a transitar esta parábola tan amplia, que parte de la afirmación en Europa del dualismo entre poder político y poder religioso, en especial desde el desarrollo de la Iglesia como institución autocéfala, desde la reforma gregoriana y desde la querrela de las investiduras (la “revolución papal”, como la definió Harold J. Berman en un volumen que sigue siendo fundamental también para comprender este itinerario de la investigación)<sup>10</sup> hasta las primeras codificaciones dieciochescas y decimonónicas.

Es preciso especificar que, si bien el nodo central es representado por el vínculo entre *pecado* y *delito*, el problema no se limita al derecho penal: no sólo porque, como nos enseñan los expertos, la separación y la autonomía del derecho penal en el contexto del pensamiento y de la praxis jurídica es un hecho relativamente reciente, sino porque el problema que nos interesa es el triángulo hombre-ley-poder en todas sus formas y en todas sus expresiones, aunque la materia penal es obviamente aquella en que el nodo se ve más desembozado y agudo.

Al final de este prólogo es necesario mencionar también factores más concretos y externos, acaso obvios, pero siempre importantes. En una investigación de este tipo las lagunas, las sombras son, en cualquiera de los casos, tanto mayores que los pequeños territorios que se consiguió explorar: únicamente puede abrigarse la esperanza de que si esas lagunas logran ser col-

9 H. Kelsen, “L’anima e il diritto” (1936), “La metamorfosi dell’idea di giustizia” (1949), “L’idea di giustizia nelle Sacre Scritture” (1953), ensayos ahora reunidos en *L’anima del diritto. Figure arcaiche della giustizia e concezione scientifica del mondo*, volumen al cuidado de A. Carrino, Roma, 1989, pp. 90-140 [de estos ensayos se citan en idéntico orden las versiones originales: “L’âme et le droit”, en *II Annuaire de l’Institut International de Philosophie du Droit et de Sociologie Juridique*; París, 1936; “The metamorphoses of the idea of justice. Interpretations on modern philosophies”, en *Essays in Honor of Roscoe Pound*, Nueva York, Oxford University Press, 1947, pp. 390-418; “The idea of justice in the Holy Scriptures”, en *Revista Jurídica de la Universidad de Puerto Rico*, N° 22, 1952-1953, pp. 1-63; y sus versiones en español: del primero, “El alma y el derecho”, en E. Marí y otros (comps.), *Materiales para una teoría crítica del Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1991, pp. 117-148; del tercero: “Metamorfosis de la idea de la justicia”, en *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia* (México), N° 11, 1949, pp. 83-123; o bien “Las metamorfosis de la idea de justicia”, en *El actual pensamiento jurídico norteamericano*, Buenos Aires, Losada, 1951, pp. 247-299]; pero véanse también las sucesivas reelaboraciones de la síntesis general *Reine Rechtslehre*, ahora en nueva ed. italiana (*Dottrina pura del diritto*, Turín, al cuidado de M. G. Losano, quien también redactó la introducción), cap. II: “Diritto e morale”, pp. 73-85 [trad. al esp., a partir de la ed. fr. de 1953 –*Théorie pure du droit. Introduction à la science du droit*–: *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, EUDEBA, 1992, cap. II: “El derecho y la

moral”, pp. 55-64]. En cuanto a la evolución del conjunto del pensamiento de Kelsen, remito simplemente a la introducción de M. G. Losano a la traducción italiana de *Teoria generale delle norme*, Turín, 1985, a la cual se volverá en las reflexiones finales [cap. IX].

10 H. J. Berman, *Law and revolution. The formation of Western legal tradition*, Cambridge, MA, 1983 [trad. esp.: *La formación de la tradición jurídica*, México, Fondo de Cultura Económica, 1996].

madas por las indagaciones posteriores y, por ende, superados y modificados los resultados, las lagunas no sean, pese a ello, de magnitud tal que anulen el trabajo en su transitoria utilidad de primer sondeo en dicha materia. Dada la amplitud del planteo, se limitaron las referencias bibliográficas a algunas cotas en el trayecto realizado entre las disciplinas y a identificar las remisiones específicas a las fuentes y a la literatura: la extensión de las citas a obras y ensayos útiles y utilizados pero no mencionados directamente en el texto habría llevado a un volumen excesivamente pesado. El lector especializado comprenderá que a una cita subyacen y se presuponen muchas otras que no pudieron ser explicitadas por falta de espacio: en las notas encontrará sólo los datos de algunas puntas de los hilos bibliográficos que luego deberá desmadejar por sí solo; esas otras citas pueden detectarse tirando de ese hilo que se señaló en la nota. Se evitaron discusiones con muchos autores citados, incluso cuando acaso hubieran sido oportunas en cuanto a divergencias interpretativas, porque ello habría llevado a desvíos y dispersiones. Dejamos al lector no especializado la carga de procurarse los diccionarios, las enciclopedias y los manuales usuales en los distintos sectores involucrados (historia del derecho, historia constitucional e institucional, historia de la Iglesia y de las instituciones eclesíásticas, historia del pensamiento teológico y político) para rastrear los datos básicos generales acerca de los términos que usaremos y los problemas que se irán tocando en nuestra exposición.

Al concluir una investigación, la declaración de reconocimiento por las deudas contraídas a corto y a largo plazo siempre es insuficiente con relación a cuanto se recibió, y acaso excluya los reportes y aportes más incisivos y profundos. En todo caso, en lo referido a plazos breves, es mi deber expresar gratitud a la Universidad de Bolonia, que me permitió dedicar el año 1998-1999 únicamente al trabajo científico, y al Historisches Kolleg de Munich, que me recibió por segunda vez como *fellow* (con la contribución de la Alexander von Humboldt-Stiftung), permitiéndome utilizar el excepcional patrimonio bibliográfico de la capital de Baviera de modo completamente privilegiado. Para los tiempos más extensos, ocupa mi pensamiento, por sobre todo, el Instituto Histórico Ítalo-Germánico de Trento: los veinticinco años transcurridos desde su fundación hasta 1997 entrañaron una aventura intelectual y humana que me enriqueció día a día al relacionarme con centenares de amigos y colegas alemanes e italianos. A ellos y, en especial, a mis *socii* en esa empresa está dedicado este volumen. *Er was schön.*