

CAPÍTULO TERCERO

DERECHO, HISTORIA Y TRADICIÓN

El saber jurídico tiene historia. Lo mismo cabe afirmar del saber político. De manera necesaria, todo saber jurídico-político se incardina en una tradición, no existe en el vacío intelectual ni pragmático. Por tanto, visibilizar el carácter primordial del saber histórico tiene una importancia mayúscula en una investigación como la que muestro en este libro. Acudir a la historia y su saber constituye una exigencia de todo esfuerzo hermenéutico que tenga por objeto cualquier tópico del saber jurídico-político. He ahí la razón del presente capítulo. Un acercamiento a la historia resulta provechoso, aunque no ignoro que ello va contra la corriente: “Juristas y científicos se empeñan cada vez más intensamente en esconder todo aquello que ellos mismos consideren limitaciones en sus ámbitos de competencia, tanto como el entrecruzarse de sus propias *historias* y de cada una de ellas en conjunto con los mitos y con las confesiones religiosas”.¹⁶⁵

Aprovecho el acápite para destacar asimismo el importante sentido de la tradición en el saber jurídico-político. Aquí, llevo la marcada intención de destacar que, la mayoría de las veces, una manera primordial de conocer el derecho es acudiendo a sus “razones no jurídicas”. Lo mismo puede afirmarse en el caso del poder y la política. Para conocerlos, debe acudirse necesariamente a sus “razones no políticas”; de no hacerlo así, su conocimiento sería fragmentario y, por tanto, inexacto.

I. DERECHO E HISTORIA. NECESIDAD DEL SABER HISTÓRICO. TOMA DE POSTURA

“Nada nuevo hay bajo el Sol”,¹⁶⁶ se lee en el veterotestamentario Eclesiastés. No obstante, comparto la idea, ya expresada por Harold J. Berman, de que hay uno que otro pliegue nuevo o alguna que otra costura, agrego yo.

¹⁶⁵ Siperman, Arnoldo, *La ley romana y el mundo moderno...*, cit., p. 197, véase también p. 215

¹⁶⁶ *Quid sub sole novum.*

Hoy más que nunca, cuando el desconcierto y la crisis se enseñorean sobre un mundo que parece perder el rumbo, es necesario volver la mirada a la Historia, así, con mayúscula. Sin “reintegración del pasado no habrá manera de volver sobre nuestros pasos, ni de encontrar lineamientos para el futuro”,¹⁶⁷ con el riesgo —siempre presente y muchas veces acaecido— de repetir los mismos errores, una y otra vez, y no sólo en el ámbito de las ideas —del que aquí me ocupo—, sino también, lo que es más grave, en el mundo real, el de la praxis política y social, y, por supuesto, en el ámbito del ejercicio del poder, siempre impetuoso, desbordante, abominando del control y, en ocasiones, ciertamente, violento hasta la barbarie. En síntesis, “al ignorar el pasado, se corre el riesgo de repetirlo”.¹⁶⁸ Entonces, vale la pena recordar lo pretérito para aprender a conocer el presente y, de alguna manera, vislumbrar el porvenir.

La dimensión histórica es un elemento constitutivo del derecho, de la política y del saber jurídico-político:¹⁶⁹

El derecho, la política, la religión, la filosofía y, en general, la reflexión y el lenguaje, la elaboración de un proyecto social, la economía y las ciencias naturales, es decir, todo cuanto constituye el mundo de las ideas y de las personas, no nació de la nada, ni de la pura especulación intelectual, ni del estado inerte de las cosas y de los tiempos. *Todo ello es producto de la historia* de la humanidad, de la que deriva también la historia de las instituciones y de las doctrinas políticas.¹⁷⁰

Las líneas que siguen se entenderán mejor si expreso brevemente qué entiendo por *historia* y *derecho*. No es el momento de entrar en consideraciones extensas y prolijas, muchas veces de carácter ideológico y que corresponden a otro ámbito que no es el presente. Ha corrido ya mucha tinta para discernir en torno al sentido y genuidad del relato histórico, nada tengo que agregar al tema. Sin embargo, para las tesis que aquí sostendré, es importante referir sucintamente cómo concibo esta importante nomenclatura. Reitero que no entraré en la discusión, interminable y actual, respecto al grado de credibilidad y certeza del saber histórico. Me concreto a fijar mi posición al respecto.

¹⁶⁷ Berman, Harold J., *La formación de la tradición jurídica de occidente*, trad. de Mónica Ultrilla de Neira, México, Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 10.

¹⁶⁸ Todorov, Tzvetan, *Frente al límite...*, *cit.*, p. 36.

¹⁶⁹ Me apropio de una expresión ajena: Zagrebelsky, Gustavo, *Historia y constitución*, *cit.*, p. 91.

¹⁷⁰ Cisneros, Isidro H., *op. cit.*, p. 27; cursivas mías.

Rechazo una historia jurídica que considera que el derecho única y exclusivamente está integrado por normas y reglas, declaradas obligatorias por los órganos competentes del Estado, o, expresado en otros términos, que derecho y ley son una y la misma cosa.¹⁷¹ En mi opinión, se trata de entidades u objetos de estudio diversos que ameritan tratamientos y metodologías diferentes. Es un error frecuente del pensamiento jurídico positivista identificar ley con derecho y a ambos con la justicia.

Para conocer y comprender cabalmente el movimiento que arrastra a las sociedades a organizarse según cierto orden (político) —y de ello debe estar muy consciente tanto el jurista como el politólogo— es preciso “conocer las fuerzas que lo estimulan y las figuras en las cuales se inscribe”; por ello, el análisis debe incluir la infraestructura filosófica, la antropología y el contexto social, así como “la utilización de las enseñanzas de la Historia y de la Sociología, y los datos de la Filosofía e incluso las lecciones de la experiencia personal”.¹⁷²

El “derecho es un universo simbólico, cuyos paradigmas se han ido construyendo no sólo de principios institucionales, sino también de valores políticos y de modelos culturales y deontológicos”; en este sentido, las culturas jurídica y filosófico-política “han desempeñado siempre un papel por así decirlo constituyente, *actuando siempre en la construcción tanto del artefacto jurídico como del imaginario jurídico colectivo, empezando por el de los propios juristas y los operadores jurídicos*”;¹⁷³ sin embargo, a veces —lamentable y negligentemente—, se olvida esta circunstancia en las escuelas y facultades de Derecho.

El derecho está integrado, no sólo por normas y reglas legales, sino también por principios, valores, anhelos, creencias, ideales, esperanzas, ideologías, controles, prácticas sociales, fuerza y poder. No puede “limitarse a meras regulaciones técnicas y axiológicamente neutrales”.¹⁷⁴ Es “un fenómeno social e histórico a la vez”.¹⁷⁵ Asumir lo contrario representa una postura que minimiza el saber jurídico y político, lo cual sucede de modo muy frecuente en nuestro entorno, sujeto a un monismo recalcitrante que

¹⁷¹ En el mismo sentido: Berman, Harold, J., *op. cit.*, p. 21.

¹⁷² Burdeau, Georges, *op. cit.*, pp. 16-17, con referencia al Derecho constitucional.

¹⁷³ Ferrajoli, Luigi, *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, t. 1: *Teoría del derecho*, trad. de Perfecto Andrés Ibañez et al., Madrid, Trotta, 2011, p. 35; cursivas mías.

¹⁷⁴ Welzel, Hans, *Introducción a la filosofía del derecho. Derecho natural y justicia material*, trad. de Felipe González Vicen, Buenos Aires, Bdef, 2005, p. 342.

¹⁷⁵ Ciaramelli, Fabio, *Instituciones y normas. Sociedad global y filosofía del derecho*, trad. de Juan Ramón Capella, Madrid, Trotta, 2009, p. 11. Al respecto: Mitchell, Timothy, “Sociedad, economía y el efecto del Estado”, en Abrams, Philip et al., *Antropología del Estado*, trad. de Marcela Pimentel, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 161-162.

debe ser erradicado. Es decir, para conocer con precisión y un mínimo de certeza qué clase de realidad es el derecho, resulta indispensable saber cuáles son sus *razones no jurídicas*. Así, es imperativo acudir a hechos, valores y principios. En realidad, el derecho es: norma, hecho o práctica social, valor, y también decisión y poder.

Mucho puede aprenderse acerca de la teoría jurídica y política y su real funcionamiento “en textos no estrictamente jurídicos, producidos por religiosos y no religiosos. Y ello porque el imaginario social es, en última instancia, la aureola sagrada y profana de la ley: el lugar de sus últimas referencias”, de ahí que los juristas pueden verse estimulados a investigar casos históricos concretos, “portadores de modalidades especiales de funcionamiento del imaginario social en relación con el discurso del orden, dentro del dispositivo del poder”,¹⁷⁶ tal y como me propongo hacerlo, a título de ejemplificación, con el rescate historiográfico del *Malleus Maleficarum*.

Las reglas y los principios de justicia, las instituciones formales del derecho y las convenciones del orden social son, por supuesto, importantes para este mundo; y sin embargo, sólo son una pequeña parte del universo normativo que debería llamar nuestra atención.

Ningún conjunto de instituciones o preceptos legales existe sin narración que lo sitúe y le de significado. Cuando se lo entiende en el contexto de las narraciones que le dan sentido, el derecho deja de ser un mero sistema de reglas a ser observadas, y se transforma en un mundo que vivimos.¹⁷⁷

Examinaré el *Martillo* solamente desde la perspectiva que señalo: haciendo una breve presentación y estudio del libro, a partir de sus ideas fundamentalmente. A la vez, como he dicho antes, haré un contraste de esas ideas con algunos aspectos del pensamiento de Carl Schmitt, con su concepto de *lo político*, es decir, la díada amigo/enemigo. Lo anterior es un esfuerzo por comprender, desde una perspectiva académica expresamente definida, la importancia y trascendencia actual de un libro publicado en 1486.

“El Derecho es historia congelada. Es evidente que ni la historia medieval ni la moderna se hubieran podido escribir sin prestar cuidadosa atención a las instituciones legales”,¹⁷⁸ como también sucede con el *Malleus*

¹⁷⁶ Marí, Enrique, *Racionalidad e imaginario social...*, cit., p. 103.

¹⁷⁷ Caver, Robert, “Nomos y narración”, en Courtis, Christian (ed.), *Derecho, narración y violencia*, trad. de Christian Courtis, Barcelona, Gedisa, 2002, p. 16.

¹⁷⁸ Fiedrich, Carl Joachim, *La filosofía del derecho*, trad. de Margarita Álvarez Franco, México, Fondo de Cultura Económica, 1980, pp. 331-332.

Maleficarum, principalmente en su parte tercera, que contiene el derecho inquisitorial aplicable a las brujas.

“Si nuestras propias ciencias 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”,¹⁷⁹ quien no debe estar atado a un texto normativo, sino, como ya he dicho, abrirse a otros saberes, a otros ámbitos disciplinarios.

“El historiador persigue un objetivo fundamental: la *comprensión* de su objeto historiográfico. Objetivo difícil de cumplir, porque se trata de penetrar en la tipicidad de un cierto clima histórico y su mensaje”,¹⁸⁰ hartamente evolutivos y cambiantes. “En la vida histórica como en la biológica, junto a los nacidos vivos están los abortos. Historia y política están estrechamente unidas, o mejor, son la misma cosa”.¹⁸¹ Construir un relato histórico es un desafío que no asumo en el libro. Nada más lejos de mi intención. La finalidad es sólo mostrar que, como dije antes, “nada nuevo hay bajo el Sol”, y argumentar, en lo posible, que las ideas de hoy tienen, casi siempre, una larga y bien ganada tradición.

Una de las funciones del historiador del derecho, quizá la de mayor significación, “es la de ser la conciencia crítica del estudioso del derecho positivo, descubriéndole la complejidad de aquello que en su visión unilateral, puede parecerle simple, resquebrajando sus convicciones acríticas, relativizando certezas demasiado absolutas, insinuando dudas sobre lugares comunes aceptados sin una adecuada verificación cultural”,¹⁸² todo lo cual va mucho más allá de una perspectiva formalista del análisis jurídico, y más específicamente, del análisis histórico-jurídico político que tiene mucho de política, economía, sociología, moral, antropología, psicología, ética, filosofía e historia, lo cual se olvida muy frecuentemente —por no decir que siempre—, sobre todo por el normativismo.

Como ya se ha afirmado, asumo que “no hay vanidad más grande que esforzarse en tragarse enteros los sistemas morales elaborados por los demás,

¹⁷⁹ Berman, Harold J. *op. cit.*, pp. 8-9.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 19, cursivas mías.

¹⁸¹ Gramsci, Antonio, *op. cit.*, p. 201.

¹⁸² Grossi, Paolo, *Mitología jurídica de la modernidad...*, *cit.*, p. 15; véase Guldi, Jo y Armitage, David, *Manifiesto por la historia*, trad. de Marco Aurelio Gamarini, Madrid, Alianza, 2016, pp. 35-38 y 76.

bajo otros cielos”,¹⁸³ tal y como sucede muy a menudo en el medio latinoamericano, que frecuentemente incurre en un eurocentrismo acendrado y, lo que es peor, asumido de manera acrítica, tópicos sobre los cuales ya me pronuncié cuestionadoramente.¹⁸⁴

“La historia propone una mirada (racional, contrastada y crítica) al tiempo presente desde la perspectiva histórica, aspira a entender el presente por su génesis y analiza los hechos y procesos sociales desde los factores que los generan y las consecuencias que de ellos se derivan”.¹⁸⁵ Como decía don Antonio Caso: “La misión primera del historiador es, como la del sabio, un esfuerzo de crítica, pero su misión última es un esfuerzo de reconstrucción, que sólo puede lograrse merced a la intuición que revive y anima en el espíritu la realidad exánime de los datos, las fuentes y los monumentos de la historia”.¹⁸⁶ “La verdad histórica, humana por excelencia, como la metafísica, no se engendra sino en la armonía de las ideas y la intuición, dentro de la íntima coherencia del espíritu”.¹⁸⁷ “Al fin y al cabo la historia sirve para conocer el presente, diagnosticarlo, interrogarlo y pensar el futuro, lo que se hace, entre otras cosas, mediante conceptos”,¹⁸⁸ los cuales, en mi opinión, han de ser esmerilados y discriminados semióticamente antes de emplearse.

La principal función de los historiadores, “aparte de recordar lo que otros han olvidado o desean olvidar, consiste en tomar distancia, en la medida de lo posible, respecto de la crónica de lo contemporáneo y en encuadrarla en un contexto más amplio y con mayor perspectiva”.¹⁸⁹ Me interesa reiterar esto, pues, me parece que, sin darse cuenta, actualmente la sociedad vive una especie de *remedievalización*, una suerte de vuelta a la Edad Media. Y esto también se advierte en el saber de los juristas politólogos, como es el caso de Carl Schmitt.

Recuerdo ahora unas sabias palabras escritas en el capítulo IX de la parte primera del *Quijote*: la historia “es émula del tiempo, depósito de las

¹⁸³ Levi, Primo, “Si esto es un hombre”, en *Trilogía de Auschwitz*, trad. de Pilar Gómez Bedate, Barcelona, El Aleph, 2012, p. 65.

¹⁸⁴ “Ontologismo y normativismo en la dogmática penal contemporánea”, *Aequitas. Revista del Poder Judicial del Estado de Sinaloa*, Culiacán, Tercera Época, año 4, núm. 9, mayo-agosto de 2015, pp. 43-48.

¹⁸⁵ Baldó Lacomba, Marc, *El saber histórico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 19.

¹⁸⁶ “El sentido de la historia”, en *Obras completas*, t. II: *Problemas filosóficos, filósofos y doctrinas morales, filósofos y moralistas franceses*, México, UNAM, 1973, pp. 63-64

¹⁸⁷ Caso, Antonio, “El sentido de la historia”..., *cit.*, p. 61.

¹⁸⁸ Baldó Lacomba, Marc, *op. cit.*, p. 12.

¹⁸⁹ Hobsbawm, Eric, *Guerra y paz en el siglo XXI*, trad. de Beatriz Equibar *et al.*, Barcelona, Crítica, 2007, p. VIII. Véase Rüthers, Bernd, *Teoría del derecho*..., *cit.*, p. 48.

acciones, testigo de lo pasado, ejemplo y aviso de lo presente, advertencia de lo porvenir”. Conviene reflexionar ampliamente sobre estas sabias palabras. Debe “admitirse que la naturaleza humana no es más que una materia prima moldeable a la que sólo puede dar forma la cultura o la historia”,¹⁹⁰ y, si no se conoce la historia, tampoco se conoce la naturaleza humana. Lo mismo puede afirmarse respecto de la cultura, que, desde cierto punto de vista, es esencialmente historia. Crítica, deconstrucción, reconstrucción, intuición y coherencia sólo pueden lograrse en materia jurídica acudiendo a lo que llamo *fuentes* o *razones no jurídicas*, parte también de lo que intento mostrar en el presente trabajo. Lo mismo sucede con el saber acerca de la política, del poder.

La historia tiene por objeto las reflexiones de la conciencia humana en torno a su propio acontecer, expresadas normalmente en textos normativos y no normativos (doctrina, por ejemplo). En consecuencia, la historia del derecho tiene por objeto esos textos en cuanto se refieren al derecho. En este sentido, la historia jurídica es historia de textos, no sólo de libros y leyes que estuvieron vigentes, sino también de aquellos que, estando concluidos, por alguna razón no estuvieron vigentes o no se convirtieron en derecho positivo. Como adelanté ya, aquí incluyo dentro del derecho a los clásicos y contemporáneos que aporten al menos una idea para la comprensión del objeto de estudio propuesto.

El derecho es un fenómeno histórico.¹⁹¹ Estoy hablando de historia, “no en el sentido de pura enumeración o descripción de códigos o códigos, sino como esfuerzo por alcanzar una interpretación profunda de aquellos textos, pues la Historia como la misma Filosofía es una ciencia hermenéutica. *No es la materialización de los libros y documentos lo que interesa al historiador, sino las reflexiones humanas expresadas en aquellos textos*”,¹⁹² o a partir de ellos, o contra ellos, o motivadas por los mismos textos.

“La historia debe, una y otra vez, ser recordada, pensada e investigada nuevamente siempre por las nuevas generaciones”,¹⁹³ “en función de sus propios valores, intereses y creencias”,¹⁹⁴ esto es así porque “cada generación recibe y desenvuelve como cometido la problemática planteada por

¹⁹⁰ Morin, Edgar, *El paradigma perdido...*, cit., p. 19

¹⁹¹ Tomo la expresión de Nieto, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica...*, cit., p. 31.

¹⁹² D’Ors, Álvaro, “Sobre historiografía jurídica”, *Nuevos papeles del oficio universitario*, Madrid, Rialp, 1980, pp. 416-417, cursivas mías.

¹⁹³ Löwith, Karl, *Historia del mundo y la salvación. Los presupuestos teológicos de la filosofía de la historia*, trad. de Norberto Espinosa, Buenos Aires, Katz, 2007, p. 15.

¹⁹⁴ Fiedrich, Carl Joachim, *op. cit.*, p. 339.

las generaciones anteriores”,¹⁹⁵ de ahí que pueda afirmarse que la última cuartilla no se ha escrito jamás. Por supuesto, una labor como ésta excede, con mucho, los estrechos límites de una disciplina jurídica de corte positivista como la que propone el normativismo extremo o el decisionismo schmittiano.

“Los frecuentes reconocimientos de que las realidades históricas, sociales, económicas y políticas están ahí y han de ser objeto de análisis por las ciencias sociales, *más no por la ciencia jurídica, no hace sino agravar la situación de ésta*, porque sin negar competencias a otras disciplinas, no debe colocarse en una situación inhibitoria o de apartamiento”.¹⁹⁶ Es decir, en el análisis jurídico-político —y ni qué decir en los de índole filosófica— cuentan mucho las específicas realidades históricas, sociales, religiosas, educativas, antropológicas, económicas y políticas; no tomarlas en cuenta debilita fuertemente el conocimiento y distorsiona la percepción del jurista.

Hay que romper el “aislamiento disciplinar”. Esta apertura es esencial “en todo conocimiento y también en el histórico: el avance del conocimiento no tiene su sede tanto en las fronteras del saber consolidado, sino fuera de ellas, en la intemperie donde emergen espacios de duda”:¹⁹⁷

[Es] necesario tomar con pinzas las propagandas ultramodernas que hacen de la ciencia un ídolo, del científico un cientócrata y del vasto público marionetas que aceptan un fundamentalismo que se ignora a sí mismo. La realidad salta a la vista: es posible fabricar ignorancia con ciencia, y producir, bajo la advocación científica, regresiones del espíritu. Estos males no fueron patrimonio del hitlerismo ni del estalinismo. Lo cual prueba que no hay lecciones de la historia, ni en este terreno ni en ningún otro.¹⁹⁸

¹⁹⁵ Welzel, Hans, *op. cit.*, p. 3.

¹⁹⁶ Hernández Gil, Antonio, “Ensayo de una tipología comprensiva de las distintas manifestaciones del cambio”, *Obras completas*, t. 7: *La constitución y su entorno*, Madrid, Espasa-Calpe, 1988, p. 23; cursivas mías. Véanse las importantes disquisiciones acerca de la historia y el relato histórico que hace Michel Foucault en *Defender la sociedad...*, *cit.*, pp. 67-74, clase del 28 de enero de 1976. Otra interpretación, diametralmente opuesta, en: Voegelin, Eric, *La nueva ciencia de la política. Una introducción*, trad. de Joaquín Ibarburu, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 147-148. Véanse los interesantes cuestionamientos que hace Hans Kelsen a las tesis de Eric Voegelin en el libro recién citado: *¿Una nueva ciencia de la política? Réplica a Eric Voegelin*, trad. de Isolda Rodríguez Villegas, Buenos Aires, Katz, 2006, pp. 189-194 principalmente.

¹⁹⁷ Baldó Lacomba, Marc, *op. cit.*, pp. 12-13.

¹⁹⁸ Legendre, Pierre, *El tajo. Discurso a jóvenes estudiantes sobre la ciencia y la ignorancia*, trad. de Irene Agoff, Buenos Aires, Amorrortu, 2008, pp. 11-12.

Lo anterior es razón suficiente para tomar en cuenta —así sólo sea de manera aproximada— lo que cada uno pueda aprender de la historia, con una advertencia: cuidado con sustancializarla, pues la tentación es muy grande (“Por lejos que vaya, el saber histórico no encuentra jamás ni la naturaleza ni el derecho ni el orden ni la paz”).¹⁹⁹ El valor del saber histórico es sólo instrumental. En cierto modo, el *saber histórico*, como todo saber, es “interpretación”, y, ciertamente, bajo esta consideración, tiene alta dosis de subjetividad, respecto de la cual se debe estar siempre en guardia. Además, ha de prevenirse la fragilidad de ese saber: “Hay fragilidad en el saber histórico más consolidado. Éste, como todo saber científico, a pesar de sus correcciones y verificaciones, es puesto en cuestión constantemente bajo el efecto de nuevos documentos o, mejor aún, *de la nueva mirada sobre los documentos antiguos*”,²⁰⁰ tal y como lo hago en el libro al reflexionar sobre el *Malleus Maleficarum* y lo que llamo *su actualidad*.

Comparto la tesis de que, durante los últimos años, en la vida pública —la esfera del sistema jurídico— y en absolutamente todo el correspondiente instrumental teórico y programático del saber jurídico y político, se advierte una extendida recuperación del interés por la relevancia pública de la religión y la teología. Esto ha suscitado una reconsideración primordial de las “categorías más básicas de investigación, análisis y crítica”, tanto en humanidades como en ciencias sociales, al punto de que hoy las cuestiones mismas de lo religioso, lo secular y lo político se “reexaminan, reelaboran y replantean”,²⁰¹ con el objetivo de proporcionar un importante arsenal comprensivo, no sólo del discurso constitucional, sino también de su realidad —religiosa, secular y política— en el mundo de los hechos, realidad que el jurista ha de conocer lo mejor posible, so pena, en caso contrario, de que sus investigaciones caigan en el vacío e inmediatamente se conviertan en papel mojado. Volveré a este tópico al referirme a la teología política, en el séptimo capítulo.

El relato histórico tiene mucho que aportar, decir y explicar acerca de este “nuevo” *renacimiento* en el interés por lo religioso y lo teológico, cuestión que ha de ser estudiada con particular cuidado para no perderse en un laberinto de ideas, subjetividades, mentalidades y representaciones oscurecedoras de “lo real”. Para evitar confusiones, debe acudirse a la historia y

¹⁹⁹ Foucault, Michel, *Defender la sociedad...*, cit., p. 162, clase del 25 de febrero de 1976.

²⁰⁰ Morin, Edgar, *¿Hacia dónde va el mundo?...*, cit., p. 16; cursivas mías.

²⁰¹ Mendieta, Eduardo, Van Antwerpen, Jonathan, “Introducción”, en Mendieta, Eduardo y Van Antwerpen, Jonathan (eds.), *El poder de la religión en la esfera pública*, trad. de José María Carabante y Rafael Serrano Valero, Madrid, Trotta, 2011, p. 11.

el saber que la convierte en su objeto de estudio, pues, en cierto modo, “el rigor de nuestro pensamiento es inseparable de su historia”,²⁰² tal y como lo asumo en el libro.

“Escribir la historia tiene muchas funciones, y entre ellas, la de ubicarse en testigos, tomar alguna distancia y crear nuevos lugares en momentos especialmente caóticos. Puede evitar repeticiones o, por lo menos, alertar a quienes tendrán la tentación de repetir *modelos de horror*”; en suma, se trata de “ir sembrando mojonos que ayuden al trabajo de la memoria”.²⁰³ “Nuestro presente lleva a costas una herencia lejana, que aún ejerce una influencia subterránea y escondida aunque siempre activa, imposible de detener; compuesta tanto de prejuicios, miedos y mitos profundamente enraizados en nuestro imaginario, como de utopías y esperanzas”.²⁰⁴ Esto es precisamente a lo que me refiero cuando digo que el *Malleus Maleficarum* conforma todavía la subjetividad jurídica y política de hoy, pues contiene una nómina extensa de miedos, mitos, utopías y esperanzas presentes aún en el imaginario colectivo, que, matices y precisiones aparte, tienen una proyección jurídica y política insoslayable. Además, desde otro punto de vista, debe recordarse que las pulsiones totalitarias —como las contenidas en el *Malleus Maleficarum*— están siempre subyacentes al Estado constitucional, como ya he dicho.

La explicación histórica, pues, no sólo se plantea desde el presente, *sino se proyecta sobre el presente y lo ilumina*. En este sentido podemos decir que el estudio de la historia humana responde a la necesidad de conocer nuestro presente. Entre el pasado y el presente existe una relación retroactiva. El presente no es sólo una consecuencia del pasado (por lo que, para conocerlo, lo averiguamos), sino que *el conocimiento del pasado se ilumina también desde el presente*.²⁰⁵

“Pasado y futuro se cruzan y dialogan en el presente, tiempo en el que éstos se fabrican y reinventan permanentemente”.²⁰⁶ “La experiencia humana del presente tiene raíces en el pasado y la de éste en otro anterior”.²⁰⁷

²⁰² Villacañas Berlanga, José Luis, *Res publica...*, cit., p. 7.

²⁰³ Puget, Janine, “Prólogo de la 2ª edición”, en Puget, Janine y Kaës, René (comps.), *Violencia de Estado y psicoanálisis*, Buenos Aires, Lumen, 2006, p. 5; cursivas mías.

²⁰⁴ Traverso, Enzo, “Prefacio”, en Cohen, Esther, *Con el diablo en el cuerpo. Filósofos y brujas en el Renacimiento*, México, Taurus-UNAM, 2013, p. 10; véase Siperman, Arnoldo, *La ley romana y el mundo moderno...*, cit., pp. 12-14; Guldi, Jo y Armitage, David, *op. cit.*, p. 153.

²⁰⁵ Baldó Lacomba, Marc, *op. cit.*, p. 22; cursivas en el original.

²⁰⁶ Traverso, Enzo, *La historia como campo de batalla. Interpretar las violencias del siglo XX*, trad. de Laura Fólica, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2012, p. 318.

²⁰⁷ Baldó Lacomba, Marc, *op. cit.*, p. 29.

Se trata de escrutar “el pasado para vislumbrar el futuro”.²⁰⁸ Cualquiera que haya sido, hay que recuperar el pasado como iluminación del presente, “y a éste como un trayecto hacia lo inédito que nos espera como pieza para ser moldeada o como sepultura”.²⁰⁹ Prescindir de la historia es prescindir de un criterio de certidumbre primordial. Existe aquí una premisa metacognitiva, que comparto: “En este Occidente demasiado seguro de sí mismo, la capacidad de preguntar se ha derrumbado, y este derrumbe es tan impresionante como sus victorias científicas y técnicas. El miedo a pensar fuera de toda consigna ha hecho de la libertad, que tanto ha costado, una prisión, y del discurso sobre el hombre y la sociedad, una lengua de plomo”.²¹⁰

Difícil sería negar que el mundo y México pasan por una crisis contra la cual todos los universitarios tenemos el deber ético y social de reaccionar para convertirla en una oportunidad de mejorar las actuales condiciones de vida de la sociedad, especialmente la de los grupos más vulnerables, como en su momento lo fueron las mujeres acusadas de ser brujas conforme al *Malleus Maleficarum*.

Propongo recuperar la capacidad de pensar y preguntar. Y también, por supuesto, la de esbozar respuestas. Me parece que insistir en las *razones no jurídicas* del derecho nunca estará fuera de lugar en los Estados constitucionales. Lo mismo puede decirse en torno a las *razones no políticas* de la política y del poder. Por ello, en lo que sigue, estudiaré la importancia del sintagma de *tradición jurídico-política*, con el fin de establecer algunos lineamientos metacognitivos impuestos a la investigación. Un objetivo que me he propuesto es incardinar el *Malleus Maleficarum* en una tradición, como ya he dicho. Clarificar el significado de esa expresión se impone, pues, además, ello proporciona elementos útiles para la expresión de muchos de los argumentos de los que me sirvo en el libro.

II. LA TRADICIÓN JURÍDICA Y POLÍTICA DEL MUNDO OCCIDENTAL

El *Malleus Maleficarum* responde a una tradición y constituye, a su vez, en mi opinión, un hito que reafirma dicha tradición. Comparto la tesis de que “[e]l mundo occidental tiene sus propias cegueras históricas y carencias

²⁰⁸ Droit, Roger-Pol, *Genealogía de los bárbaros. Historia de la inhumanidad*, trad. de Núria Petit Fontseré, Barcelona, Paidós, 2009, p. 18.

²⁰⁹ Zemelman, Hugo, *Los horizontes de la razón III...*, *cit.*, p. 21.

²¹⁰ Legendre, Pierre, *La fábrica del hombre occidental...*, *cit.*, p. 9.

éticas”.²¹¹ El *Martillo* es un buen ejemplo de esto. Asumo también que, frecuentemente, las “propias estrecheces religiosas y morales, sociales y políticas, que se denominan con gusto ‘tradicición’ y ‘convencimiento’”,²¹² oscurecen y velan numerosos contextos de exclusión en nombre de la “inclusión”. Por eso, en esta materia —como en cualquier otra en la que los elementos primordiales están contruidos por ideas—, se debe proceder paso a paso. Lenta y gradual ha de ser la formulación de opiniones y, más todavía, de argumentos.

Para decirlo con la mayor claridad, en mi opinión, las ideas primordiales del *Martillo* coinciden, en algunos aspectos, con la ideología exterminadora del nacionalsocialismo, en particular, y con los totalitarismos, en general. Regreso al punto del acápite. Explicitaré seguidamente la idea de *tradicición jurídica*.

Una tradición legal es, entonces, parte constitutiva de un complejo mundo normativo. La tradición no sólo incluye un *corpus juris*, sino también un lenguaje y un *mythos* —narraciones en la que sitúan al *corpus juris* quienes expresan su voluntad a través de él.

Estos mitos establecen paradigmas de comportamiento. Crean relaciones entre el mundo normativo y el material, entre las limitaciones de la realidad y las demandas de una ética. Estos mitos establecen un repertorio de jugadas —un lexicón de acciones normativas— que pueden combinarse para generar pautas de acción significativas derivadas de las pautas significativas del pasado.

El significado normativo inherente a esas pautas del pasado puede hallarse en funcionamiento en la historia de la doctrina jurídica ordinaria, ante cuestiones mundanas; en anhelos utópicos y mesiánicos —formas imaginarias en las que se concibe una realidad menos adversa—; en apologías del poder y del privilegio y en críticas dirigidas contra los esfuerzos de justificación del derecho.²¹³

“Basta con hojear unos libros de Historia para comprobar que siempre hubo monarcas sedientos de sangre, sátrapas saqueadores, invasiones

²¹¹ Maalouf, Amin, *op. cit.*, p. 56; véase Foucault, Michel, *El orden del discurso... , cit.*, pp. 18 y 53.

²¹² Lowith, Karl, *Max Weber y Karl Marx*, trad. Cecilia Abdo Ferez, Barcelona, Gedisa, 2007, p. 150.

²¹³ Caver, Robert, “Nomos y narración...”, *cit.*, pp. 22-23; cursivas en el original. Informa sobre algunas relaciones entre el *common law* y la tradición romano canónica: Kessler, Amalia D., *Inventing American Exceptionalism. The Origins of American Adversarial Culture, 1800-1877*, New Haven, Yale University Press, 2017, pp. 23-24, 32 y 40-42.

catastróficas, pogromos, matanzas y también monstruosos intentos de exterminio”.²¹⁴ Esto, como ya lo sugerí, forma parte de una tradición vigente en el mundo contemporáneo; negarlo sería proponer opiniones realmente ingenuas, absolutamente desatinadas:

Una tradición jurídica como el término lo indica, no es un conjunto de normas jurídicas acerca de contratos, de asociaciones y delitos, aunque tales normas serán casi siempre en cierto sentido un reflejo de esa tradición.

Son más bien un conjunto de actitudes profundamente arraigadas y condicionadas históricamente acerca de la naturaleza de la ley, acerca de la función del derecho en la sociedad y en la forma de gobierno, acerca de la organización y operación apropiadas de un sistema jurídico y acerca del modo como el derecho debe crearse, aplicarse, estudiarse, perfeccionarse y enseñarse.

La tradición jurídica relaciona el sistema jurídico con la cultura de la cual es una expresión parcial. Coloca el sistema jurídico dentro del ámbito cultural.²¹⁵

Entonces, una tradición jurídico-política coloca, por decirlo así, un determinado sistema jurídico-político dentro del ámbito cultural imperante en un lugar y una época determinados, como por ejemplo el cúmulo de ideas que nutren la tradición del Estado totalitario:²¹⁶

La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia. *Las necesidades de la época, las teorías morales y políticas predominantes, las intuiciones del orden público, reconocidas o inconscientes, aun los prejuicios que los jueces comparten con sus conciudadanos, han tenido una influencia mucho mayor que los silogismos en la determinación de las reglas según las cuales deben gobernarse los hombres.*

El derecho encarna la historia del desarrollo de una nación a través de muchos siglos y no puede ser estudiado como si contuviera solamente axiomas y corolarios de un libro de matemáticas. A fin de saber lo que es, debemos saber lo que ha sido y lo que tiende a ser. *Debemos consultar alternativamente tanto la historia como las teorías jurídicas existentes.*

²¹⁴ Maalouf, Amin, *op. cit.*, p. 80.

²¹⁵ Merryman, John Henry, *La tradición jurídica romano-canónica*, trad. de Carlos Sierra, México, Fondo de Cultura Económica, 1971, p. 15. *Cfr.* Díaz Romero, Juan, *Imagen elemental de la hermenéutica jurídica*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2016, pp. 16-22 y 72-73.

²¹⁶ Sobre este tópico: Habermas, Jürgen, *El discurso filosófico...*, *cit.*, pp. 84-85, y Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, Madrid, Trotta, 1997, p. 810.

Pero la tarea más ardua consistirá en entender, en cada etapa, de qué manera ambas cosas se combinan en nuevos productos.²¹⁷

¿Se incardina el *Malleus* en una tradición jurídica y política, o en una tradición social y política, o cultural y ética?, ¿puede afirmarse que el *Martillo* forma parte de una tradición en torno al saber jurídico, el de los juristas, o el de los politólogos?, ¿en una tradición del quehacer jurídico? En caso afirmativo, ¿cómo se incluye el *Malleus* en dichas tradiciones?, y ¿qué manifestaciones modernas y contemporáneas existen de esa tradición?

El tópico anterior se presenta porque, si bien el *Martillo* es un libro que se publica ya en pleno ambiente prerrenacentista —o sea, en los albores de la modernidad—, se trata de una obra enteramente medieval. En este sentido, debe recordarse que la modernidad implicó, en muchos casos —aunque no del todo—, o bien el socavamiento de tradiciones antiguas y medievales, o bien la reformulación de las mismas.

Una tesis que sostengo es que, precisamente, la ideología del *Malleus Maleficarum* no ha desaparecido en pleno siglo XXI, a pesar de que la modernidad significa una revolución sociocultural, humanista e ideológica. Algunas de las ideas centrales del *Martillo* perviven, aun cuando no nos percatemos de esa circunstancia: “Las ideologías del pasado han sido sustituidas por otras nuevas o que pretenden ser nuevas. *El árbol de las ideologías siempre está reverdeciendo*”.²¹⁸

“Lo que ha ocurrido en el pasado, que es lo que la historia registra, tiene lugar en un presente protagonizado por sujetos que actuaron avizorando un futuro, deseándolo o imaginándolo como programa, aunque no siempre con claridad”.²¹⁹ Como quedará claro, el *Martillo* contiene una propuesta de política criminal especial, dirigida a combatir el delito de lesa majestad divina: la pravedad herética de las brujas. Volveré ampliamente sobre esto.

Una tradición legal es parte constitutiva de un complejo mundo normativo, cultural y narrativo; en el caso del *Malleus*, de una visión totalitaria. El *Malleus* refuerza el derecho inquisitorial vigente en la época. Asimismo, crea, reinstala y consolida el mito de la bruja, contra la cual hay que luchar.

²¹⁷ Holmes Jr., Oliver Wendell, *The Common Law*, trad. de Fernando N. Barrancos y Vedia, Buenos Aires, Tea, 1964, p. 15; cursivas mías. Sobre la conocidísima frase que he citado: “La vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”, recomiendo la estupenda glosa crítico-exegética que hace Flores, Imer B., *op. cit.*, pp. 426-430. Véase Castoriadis, Cornelius, *Una sociedad a la deriva...*, *cit.*, pp. 87-92.

²¹⁸ Bobbio, Norberto, *Derecha e izquierda...*, *cit.*, p. 35; cursivas mías.

²¹⁹ Zemelman, Hugo, *Los horizontes de la razón. Uso crítico de la teoría, III...*, *cit.*, p. 8..

Cooperó a fortalecer y consolidar una visión misógina de la sociedad que llega hasta el presente siglo XXI.

El *Malleus* creó un cúmulo de relaciones entre el mundo normativo y el material, entre las limitaciones de la realidad y las demandas de una ética. Con el mito de las brujas, se establece un repertorio de jugadas —un lexicón de acciones normativas— que se combinan para generar procedimientos de acción significativos, derivados de las pautas relevantes del pasado, presentes y en funcionamiento en la historia de la doctrina jurídica ordinaria, y reforzadas para el largo periodo que duró la cacería de brujas durante los siglos XV, XVI y XVII. El mito sentó bases subjetivas firmes para la consolidación de una concepción totalitaria del derecho y del saber de los juristas. Colocó el sistema jurídico en el ámbito cultural del momento y lo proyectó, eficazmente, hacia el futuro.

Por lo dicho, no comparto completamente la siguiente opinión: “El *Malleus* no continúa una tradición, ni se asemeja a otras tradiciones en las que se justifica el mal como causa del bien. Lo que el *Malleus* inaugura es una nueva forma de pensar, un nuevo camino que va del libro al oráculo, del oráculo a la venganza. No es la justificación del mal, es apenas su esbozo”.²²⁰ Acepto que el *Malleus Maleficarum* reinaugura una nueva forma de pensar —aporta algunos elementos para ello—. Esto es así, en primer lugar, merced a que “las transformaciones no se realizan en bloque ni según un proceso único”,²²¹ sino de manera gradual y paulatinamente; muchas veces, casi de manera imperceptible.

Estimo que un libro como el que ahora me ocupa está incardinado en una lógica adultocentrista, patriarcal,²²² etnocentrista, misógina y racista, de búsqueda de la verdad procesal por medios violentos y, por supuesto, en una lógica discriminatoria, abismal, excluyente y totalitaria, deudora de una historia antiquísima, bastante más primigenia que la establecida por el *Malleus*, dentro de la cual éste sólo marca un hito fundamental, pero no constituye un cortocircuito de pensamiento que hayan sufrido en cierto instante los autores del mismo.

²²⁰ Constante, Alberto, *La textura del mal*, México, UNAM, Sistema Universidad Abierta y Educación a Distancia, Facultad de Filosofía y Letras, 2009, p. 27; cursivas en el original.

²²¹ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. de Aurelio Garzón del Camino, México, Siglo XXI, 1983, p. 22.

²²² Ávila Santamaría, Ramiro, “Inseguridad ciudadana y derechos humanos: por la deconstrucción de un discurso securitista y hacia un nuevo derecho penal”, en Rodríguez Garavito, César (coord.), *El derecho en América latina, un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, Buenos Aires, Siglo XXI, 2011, pp. 385-386, con cita de Eugenio Raúl Zaffaroni.

Como bien dice en otra parte Alberto Constante, refiriéndose al *Ma-lleus*: “Todavía no se han extinguido enteramente las repercusiones de su sectaria literatura, fácilmente identificables en nuestros días en ciertos aspectos de la vida pública”;²²³ justamente por esto conviene no olvidar que “la narración es un modo simple de poder característico de Occidente”,²²⁴ en la cual “el derecho tiene un importante valor simbólico, en la medida en que se constituye en el lugar del mito en las sociedades contemporáneas”.²²⁵

El rescate historiográfico que propongo busca visibilizar que, en ocasiones, las ideas estimadas como novedosas tienen una larga y bien fundada tradición, que se oculta bajo nuevos ropajes lingüísticos y asume novedosos dispositivos, pero que, en el fondo, son la misma cosa.

Sólo me resta reiterar la importancia que el saber histórico tiene en la formación tanto de abogados como de juristas, pues no existe institución jurídica y política que no tenga largos y sólidos antecedentes, en muchas ocasiones de carácter milenario. De manera muy desafortunada, en materia jurídica, actualmente la historia tiene muy pocos adeptos y no despierta gran interés. En general, se le asume como una carga pesada, sin sentido alguno; como una asignatura, cuando existe, que forzosamente debe ser cursada y aprobada, pero que está “de relleno”. Esta actitud debe ser combatida. Una buena manera de hacerlo, me parece, es que los propios profesores de las diversas materias jurídicas reasuman la importancia y trascendencia que el saber histórico tiene en la formación de los juristas. Descuidar la historia es descuidar el trabajo pedagógico, tan ayuno de racionalidad y espíritu crítico en estos tan caóticos días.

²²³ *Ibidem*, p. 428.

²²⁴ Fitzpatrick, Peter, *La mitología del derecho moderno...*, *cit.*, p. 44; véase Maalouf, Amin, *op. cit.*, p. 80.

²²⁵ Ruiz, Alicia E. C., *op. cit.*, p. 169.