

ISSN 0719-210X

R E V I S T A
TRIBUNA
INTERNACIONAL

Publicación del Departamento de
Derecho Internacional

Volumen 1 / N°2 / 2012

FACULTAD DE
DERECHO
UNIVERSIDAD DE CHILE

Rector de la Universidad de Chile

Víctor Pérez Vera
Av. Alameda Libertador Bernardo
O'Higgins 1058, Santiago

Representante legal

Roberto Nahum Anuch
Decano de la Facultad de Derecho
de la Universidad de Chile

Director Responsable

Mario Ramírez Necochea

Editora de Contenidos

Claudia Sarmiento Ramírez

Comité Editorial

Gonzalo Aguilar
José Carlos Fernández Rosas
Claudio Grossman
Mattias Kumm
Hugo Llanos
Cecilia Medina
Elina Mereminskaya
Mónica Pinto

Revista Tribuna Internacional

Publicación del Departamento de Derecho
Internacional de la Facultad de Derecho de
la Universidad de Chile
Volumen 1 / N°2 / 2012
www.tribunainternacional.uchile.cl
ISSN: 0719-210X

Diseño y producción:

Gráfica Metropolitana
contacto@graficametropolitana.cl
www.graficametropolitana.cl

Printed in Chile / Impreso en Chile

ÍNDICE

Artículos

- Justicia internacional penal: un pilar del Estado de Derecho internacional 9
Gonzalo Aguilar Cavallo
- El derecho societario en la Unión Europea 47
Massimiliano Castellari
- Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en la Organización Mundial del Comercio 71
Holger P. Hestermeyer
- La situación actual de los migrantes menores a la luz del derecho internacional público 107
Rita Lages
- La Responsabilidad de Proteger: el rol de la comunidad internacional 129
Hugo Ignacio Llanos Mardones
- El desarme y la regulación de armamentos 141
Edmundo Vargas Carreño
- La importancia de Mercosur frente a los cambios y perspectivas de su institucionalidad jurídica 159
Iris Vittini y Ana María Moure

Recensiones

- “Law and revolution. The Formation of The Western Legal Tradition”, 183
de Harold J. BERMAN (1983. Traducción al español, 1995),
por Mario Arnello Romo

“Law And Revolution. The Formation Of The Western Legal Tradition”

Harold J. BERMAN. 1983. Harvard University Press, Cambridge, Mass.
Traducción al español, 1995, Fondo de Cultura Económica, México.

POR MARIO ARNELLO ROMO¹

Harold Berman, autor de esta interesantísima obra, tiene inusuales méritos académicos en Estados Unidos y en otros países. Profesor Emérito de Harvard Law School, B.A. Dartmouth College, 1938; M.A. 1942, LL.B. 1947, Yale University; LL.D. Catholic University of America, 1991; D.H.L. Virginia Theological Seminary, 1995; Doctor *honoris causa*, University of Ghent, 1997; Doctor *honoris causa*, Russian Academy of Sciences Law University, 2000.

Este artículo no analiza esta importante obra –publicada hace 30 años y traducida hace 19 al español– en su objeto preciso, ni en toda su extensión. En ella Berman expone su pensamiento sobre la construcción de Occidente, de su cultura y de su tradición jurídica, evidenciando una gran erudición y una visión original y profunda. Valora esta tradición jurídica de Occidente, desde sus orígenes, evolución y contrastes, marcada por grandes revoluciones, como la más alta expresión cultural de la Historia. Pero, inicia la obra sacudiendo al lector con la imagen de su destrucción fatal. Fundamenta la honda convicción de que ella enfrenta la crisis final que amenaza su existencia.

Es precisamente esta advertencia “un poco más desesperada”, como señala el autor en el prólogo –páginas 7 a 11– y en la introducción –páginas 12 a 55–, donde plantea ideas profundas, inteligentes y trascendentales, expresando su visión de una crisis que sigue siendo actual; que se agrava y extiende en la confusión y pérdida de fe en la juridicidad que debe contener el derecho, tanto el derecho internacional y el Estado de derecho interno, lo que nos induce a comentarlo.

¹ Abogado. Profesor titular de Derecho Internacional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. marnello@derecho.uchile.cl

Frente al optimismo subjetivo, y a menudo carente de fundamentos y consistencia jurídica de tantos tratadistas y autores, Berman, como un *different drummer*, constituye un valioso estímulo a la reflexión. Con esta finalidad, destacamos algunos de los planteamientos con los que rompe esquemas errados, falsos o ideologizados.

La tesis que plantea, es que el derecho occidental, como consecuencia de la evolución y revolución que está viviendo la civilización occidental, y de la interacción de ambas, está entrando en la crisis más profunda y grave de su extensa historia (mil años).

Los símbolos tradicionales de la cultura occidental, las imágenes y las metáforas tradicionales, han estado por encima de todos los planos, de lo religioso y lo legal.

“En el siglo XX por vez primera la religión se ha vuelto prácticamente asunto privado en tanto que el derecho se ha vuelto, en gran parte, cuestión de conveniencia práctica”.

“Se ha roto la conexión entre la metáfora religiosa y la metáfora jurídica. Ninguna de ellas expresa ya la visión que la comunidad tiene de su pasado y de su futuro; ninguna de ellas obtiene ya una lealtad apasionada”².

Sostiene que los obstáculos que existen para enfrentar la destrucción del derecho occidental son innumerables; pero precisa lo que vislumbra como las fallas más concurrentes:

- las falacias de una jurisprudencia exclusivamente política y analítica (positivismos); o
- las falacias de una jurisprudencia exclusivamente filosófica y moral (teoría del derecho natural); o,
- las falacias de una jurisprudencia histórica y socio-económica (teoría social del derecho).

Se requiere una jurisprudencia que integre las tres y vaya más allá. Una jurisprudencia interpretativa subrayaría que hay que creer en el derecho. Una visión del derecho estrecha o sometida a un fin ideológico, lo estresa y concluye dejando de ser derecho. Recuerda que, en cambio, Blackstone, en sus comentarios de las leyes de Inglaterra, señala que en ella

² BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 8.

prevalcieron los siguientes tipos de derecho: natural, divino, de las naciones, el *common law*, el consuetudinario, el romano, eclesiástico, mercantil, el estatutario y la justicia natural.

La civilización occidental –afirma– desarrolló instituciones, valores y conceptos “jurídicos” que, a través del tiempo, de siglos, llegaron a constituir una “tradición jurídica”. Esta tradición evolucionó, superó revoluciones que la transformaron o, aún, la suspendieron; pero nunca tan a fondo y generalizadamente como al llegar a fines del siglo XX. Afirma que ahora: “[l]a tradición jurídica occidental se encuentra en la mayor crisis de su historia, la cual, según creen algunos, virtualmente la ha llevado a su fin”³.

A quienes objeten esta afirmación o pregunten en qué se fundamenta, Berman la responde.

OCCIDENTE: Es un término que implica una cultura, que viene de Grecia –la filosofía–, de Roma –el derecho–, y del cristianismo, que le da una comunidad y trascendencia. En todo el transcurso histórico se tamizan las contradicciones de sus tres orígenes, con aportes históricos de otros pueblos; y, en el siglo XI, nace ya la cultura occidental.

JURÍDICO: En la tradición jurídica occidental se concibe el derecho como un todo coherente, como un sistema integrado. El concepto del derecho como un “*corpus iuris*” está implícito en cada tradición jurídica.

Así, el derecho es visto como algo distinto de la moral y de la costumbre. Este concepto permitió, durante siglos, dependiendo de su vitalidad, de la fe en el carácter continuado de la ley, tener la capacidad de desarrollarse a través de generaciones. Otro aspecto fundamental en la historicidad del derecho, es que va unido al concepto de su supremacía sobre las autoridades políticas y sobre las judiciales.

Una característica más de la tradición jurídica occidental, es que dentro de lo que concebimos como Occidente, ha sido la coexistencia de diversas jurisdicciones y sistemas jurídicos. Esta pluralidad de Jurisdicciones y de sistemas legales hace que la supremacía del derecho sea necesaria.

Registra que existe –y ha existido– tensión entre los ideales y las realidades; entre la dinámica y la estabilidad; entre la trascendencia y la inmanencia de la tradición jurídica occidental. Y que cada vez que una revolución ha irrumpido, ha producido derrocamientos más

³ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 11.

o menos violentos en los sistemas legales. Pero la tradición jurídica occidental, que es más grande que cualquiera de los sistemas legales, sobrevivió. En realidad, lo trascendente, al final, sólo fue renovado tras las seis grandes revoluciones.

Berman destaca, en orden inverso al tiempo histórico, la rusa de comienzos del siglo XX, la francesa y la norteamericana, ambas de fines del XVIII, la inglesa (3 etapas) del XVII, la alemana (Lutero) del XVI; y la Papal (Gregorio VII) entre el siglo XI e inicios del XII. Todas ellas traen cambios fundamentales, rápidos, violentos, duraderos, al sistema social. Cada una buscó su legitimidad en un derecho fundamental, en un pasado remoto o en un futuro anhelado. Con el tiempo, cada una produjo un nuevo sistema de derecho que encarnó el gran propósito que la motivaba. Modificó, primero, pero en definitiva quedó dentro de la tradición jurídica occidental.

En la Historia de Occidente siempre ha habido y se ha ejercido una fuerza ilegal para derrocar el orden establecido. Muchas veces, quienes lograron subir al poder, lo ejercieron en forma de crear nuevos sistemas, a veces perdurables, tanto de gobiernos como de derecho. Así ocurrió en las seis grandes revoluciones, pero también en otras revoluciones menores. Pero siempre son una multitud de circunstancias, situaciones, cuestiones espirituales, sociales, económicas, políticas, intelectuales, las que las preceden, influyen en ellas y las precipitan.

Para Berman, nada está más oculto a las mentalidades de estos tiempos, que todo cuanto gestó, creó y trascendió de aquella primera gran revolución, que dio el bautismo inicial de Occidente: la Revolución del Papa Gregorio VII, a finales del siglo XI y principios del XII.

El contenido de esta revolución, sus efectos, trascendencia en las sociedades de la época, en el espíritu y en la mentalidad de hombres superiores intelectualmente, o dotados de visión y energía emprendedora, marcó un salto histórico en los pueblos occidentales. Bastaría indicar:

1. El nuevo concepto de la Iglesia, que se declara libre del dominio secular de todo soberano. En este acto nace su propia soberanía o una nueva calidad de subjetividad internacional.
2. Inspira a los burgueses dominantes de numerosas ciudades en Europa a forjar un sistema y ser entidades autónomas, iniciando un no nato signo de Estado.

3. Surgen las Universidades, y con ellas, el pensamiento escolástico, que es un impulso inmenso que alcanza su cumbre con Tomás de Aquino (teología y filosofía) y en el desarrollo jurídico que se realiza en Salamanca.
4. Se expanden las ciudades marítimas con el comercio a otras regiones geográficas;
5. Y se desarrolla grandemente el Derecho.

Esta es la única de las 6 grandes revoluciones cuyo significado real es internacional. Las otras cinco han sido en su génesis e inicio revoluciones nacionales, aun cuando han sido contagiosas más allá de sus fronteras; al margen de sus diferencias, han sido por su naturaleza revoluciones occidentales. Tal vez la que inició Lutero, apoyado por los príncipes alemanes, es ejemplo de ese contagio en Europa y siglos más tarde en todo el mundo. El influjo del luteranismo –y también del calvinismo, en su versión inglesa del puritanismo–, en Inglaterra, Francia y Norteamérica, llevando el concepto de la santidad de la conciencia individual, y, en el derecho, la santidad de la voluntad individual, reflejada en la propiedad y en el contrato, subrayó dos elementos: uno, fe en el deber de reformar el mundo, y dos, fe en ser sede de la verdad, superior a toda otra autoridad política.

Las revoluciones fueron generando ideas y acciones que darían lugar a sistemas de creencias, pseudo-religiones seculares, filosofías políticas y sociales, de disímil carácter. Es el impulso que, en los siglos XVIII, XIX y XX, desarrolló el individualismo, el racionalismo y el nacionalismo.

Esa “Deidad Trina” crea la primera religión secular en la Historia: la democracia liberal; hasta que, en 1917, se crea la segunda religión secular: el socialismo revolucionario. Berman señala que no obstante esa rivalidad, suelen tener bases comunes; pero tal como sucede con un telescopio, mirando por un lado de él o por el otro, los efectos y signos son contradictorios.

El “Código Moral Soviético del Constructor del Comunismo”, que pretende el papel educativo del derecho socialista, y fijar la participación popular en los procesos jurisdiccionales y en los Tribunales Populares, fija un principio rotundo: “el que no trabaja no come”.

A Berman le recuerda en forma asombrosa al “Código Puritano de Massachusett de 1641”, que condena, entre las desviaciones ideológicas, “la holgazanería”.

En cuanto a la crisis que amenaza a la tradición jurídica occidental, Berman es categórico en precisar que ella, como la civilización occidental en su conjunto, está sufriendo en el siglo XX una crisis mayor que ninguna anterior:

“[...] no es algo que pueda probarse científicamente. Es algo que se conoce, en última instancia, por intuición. [...] [S]iento que nos hallamos en mitad de una crisis sin precedente de los valores legales y del pensamiento legal, en que toda nuestra tradición jurídica está siendo desafiada [...] la estructura misma de la legalidad occidental”.

“La crisis se está generando dentro de la experiencia occidental, y desde fuera”.

“Desde dentro [...] transformaciones sociales, económicas, y políticas de magnitud sin precedentes, han ejercido una enorme presión sobre las instituciones jurídicas tradicionales, los valores y conceptos legales virtualmente en todos los países occidentales. Lo que hoy es nuevo (a diferencia de las revoluciones del pasado) es el desafío a la tradición jurídica en conjunto y no sólo a elementos o aspectos particulares; y esto se manifiesta [...] en la confrontación con civilizaciones no occidentales y filosofías no occidentales”.

“El propio Occidente ha llegado a dudar de la validez universal de su misión tradicional, de su derecho. [...] y especialmente de su validez para culturas no occidentales”⁴ [Muchos están diciendo que ya es caduco, incluso para Occidente].

“Estos cambios radicales constituyen un gran desafío a las tradicionales instituciones jurídicas de Occidente, a sus procedimientos, valores, conceptos, reglas y modos de pensar. Amenazan la objetividad del derecho”⁵.

Berman sostiene que: “Solo cuatro de las diez características básicas de la tradición jurídica occidental, siguen siendo básicas [hoy día] en el derecho”⁶. Y las indica:

1. El derecho continúa teniendo una autonomía relativa, en el sentido de que permanece diferenciado de la política y de la religión.

⁴ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 44.

⁵ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 48.

⁶ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 48.

2. Se le sigue confiando al cultivo de especialistas profesionales, legisladores, jueces, juristas y jurisconsultos (en este punto cabría alguna duda frente al progresismo activista en aumento).
3. Aún florecen centros de preparación jurídica donde las instituciones legales son conceptualizadas y explicadas las instituciones y reglas jurídicas.
4. Esa preparación jurídica aún constituye un meta-derecho por el cual son evaluadas y explicadas las instituciones y reglas jurídicas.

En las palabras de Berman, las siguientes seis características “[...] están seriamente debilitados en la última parte del siglo XX” [...]. Podría añadir que más gravemente aún en la primera década de este siglo. El autor precisa su opinión:

5. El derecho en el siglo actual (XX), en teoría y en la práctica, ha sido tratado cada vez menos como un cuerpo coherente, un corpus juris, y cada vez más como una “mezcolanza” de decisiones ad hoc y de reglas en conflicto.
6. La fe en el desarrollo del derecho, su carácter continuado a lo largo de generaciones y de siglos, también se ha debilitado considerablemente.
7. Los cambios ocurridos en el derecho, en el pasado, y los que ocurren en el presente, no son considerados como respuestas a la lógica interna del desarrollo legal, sino como respuestas a la presión de fuerzas exteriores.
8. La idea de que el derecho trasciende la política parece haber ido cediendo gradualmente a la idea de que el derecho en todo momento es básicamente un instrumento del Estado; es decir, un medio de imponer la voluntad de quienes ejercen la autoridad política.
9. La supremacía del derecho en la generalidad de las instituciones y sistemas legales se ha debilitado, si no ha sido negada. Así mismo, el Derecho Internacional ha ensanchado sus pretensiones teóricas de superar al derecho nacional. Cuando no ha sido éste que ha incorporado a aquel o se ha vuelto ineficaz.

10. La idea de que la tradición jurídica de Occidente trasciende la revolución y sobrevive, se ve desafiada por la idea opuesta de que la ley –la legalidad y la justicia– está totalmente subordinada a la revolución.

En suma, “[l]a crisis de la tradición jurídica occidental no es sólo una crisis de la filosofía jurídica, sino también del propio derecho”⁷. En la Filosofía siempre se ha discutido si el derecho se funda en la razón y en la moral o si no es más que la voluntad del jefe político. Y en la realidad actual la amenaza la configura un “cinismo ante el derecho”. “El cinismo frente al derecho y la falta de derecho no será superado adhiriéndose a un supuesto realismo que niega la autonomía, la integridad, la continuidad de nuestra tradición jurídica”⁸.

Rubrica esta concepción, citando a Edmund Burke, “[q]uienes no miran hacia atrás a sus antepasados, no mirarán hacia adelante a su posteridad”⁹.

“El desprecio al derecho y el cinismo ante él han sido estimulados por la rebelión contemporánea contra lo que se ha llamado formalismo legal, que subraya la aplicación uniforme de reglas generales como elemento básico del razonamiento jurídico y la idea de justicia”¹⁰. Citando a Robert M. Unger, señala que el formalismo está cediendo ante la política pública. El razonamiento jurídico orientado hacia la política se caracteriza por su insistencia en altos niveles de imparcialidad y de responsabilidad social. Pero a este cambio del pensamiento jurídico occidental se suma un cambio de ideas con respecto al idioma. “Al idioma ya no se le acredita la fijeza de las categorías y la representación transparente del mundo que haría plausible el formalismo en el razonamiento legal, o en las ideas acerca de la justicia”¹¹.

La rebelión contra el formalismo legal se convierte en un ataque a las reglas *per se* y a la tradición jurídica occidental. Sin ese respeto, Unger pregunta: “¿Qué impedirá que la justicia discrecional se convierta en instrumento de represión [...]?”¹².

En la actualidad, las doctrinas, o sea el pensamiento de la mayoría de los tratadistas modernos, no captan el significado de la tradición jurídica occidental. Dos términos lo impiden.

⁷ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 50.

⁸ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 52.

⁹ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 52.

¹⁰ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 51.

¹¹ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 52.

¹² BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 52.

El primero, es “medieval”, pues en el concepto que prevalece, no es concebido como origen de todos los sistemas jurídicos occidentales. El segundo, “feudalismo”, ha sido solo identificado con la formación socioeconómica de la Edad Media y contrastado con la época moderna. A éste se le asoció al individualismo, el protestantismo y el capitalismo; así como el feudalismo fue asociado al tradicionalismo y al catolicismo. No se concibió, en esa visión intencionada, que todos los sistemas jurídicos occidentales se originaron a mediados de la Edad Media.

Desde la Revolución Francesa, “todas las ideologías del siglo XIX, incluso el marxismo, conspiraron para minimizar, negar o pasar por alto las profundas raíces de las instituciones y valores occidentales modernos en la época preprotestante, prehumanista, prenatalista, preindividualista y precapitalista; y todas conspiraron para ocultar la ruptura en la historia occidental ocurrida a finales del siglo XI y en el XII”¹³.

Esa concepción falsa, implica concebir “que la estructura básica de un orden social es económica, y que el derecho es parte de una ¡superestructura ideológica!”¹⁴

Se ignoró la realidad de la historia, y como “en la historia occidental se ha invocado periódicamente el derecho contra los prevalecientes valores políticos y morales de la sociedad, los mismos valores que, podría decirse, lo engendraron y que supuestamente comparte. [...] El derecho puede proteger lo colectivo contra el individualismo dominante, o al individuo contra un colectivismo dominante. Esta ‘lealtad del derecho’, es difícil de concebir para quienes lo consideran sólo como un arma de los sectores dominantes en la sociedad”¹⁵.

No puede, el derecho, ser reducido a las condiciones materiales de la sociedad que los produce, ni al sistema de ideas y valores existente; “debe vérselo, en parte, como factor independiente, una de las causas y no solo uno de los resultados de los avances sociales, económicos, políticos, intelectuales, morales y religiosos”.

Berman concluye señalando dos tareas fundamentales para una teoría social del derecho en la actualidad.

¹³ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 54.

¹⁴ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 54.

¹⁵ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 55.

La primera, “consiste en escapar de conceptos sobresimplificados de causa y de derecho. Desde un punto de vista histórico, si Hegel estuvo errado al suponer que “la conciencia determina al ser”, eso no significa que Marx tuvo razón al sostener que “el ser determina la Conciencia”. “En la Historia, en la vida real, ninguno de ellos determina al otro. [...] Una teoría social del derecho debe subrayar la interacción de espíritu y materia, de ideas y experiencia, en su definición y análisis del derecho. Debe unir las tres escuelas tradicionales de jurisprudencia –la política (positivismo), la moral (teoría del derecho natural) y la histórica (jurisprudencia histórica)– en una jurisprudencia integrativa”¹⁶.

La segunda tarea, “consiste en adoptar una historiografía que sea apropiada a la historia jurídica”. No lo es una historia que no reconozca que empezaron a construirse sistemas jurídicos en Occidente a finales del siglo XI y en el siglo XII “y que algunas de las características fundamentales de esos sistemas jurídicos han sobrevivido a las grandes revoluciones nacionales de los siglos XVI al XX (y a sus contagios exteriores)”. Debe hacerse frente al hecho de que “el primer sistema jurídico occidental moderno fue el derecho canónico de la Iglesia católica romana, y que ese sistema jurídico posee muchas características en común con lo que los sociólogos contemporáneos llaman los sistemas secular, racional, materialista e individualista de la sociedad capitalista liberal. El dualismo de las jurisdicciones eclesiástica y secular es un rasgo distintivo, si no exclusivo, de la cultura occidental”¹⁷.

Berman en esta obra afirma intentar una historia de los orígenes, pero ha llegado a alcanzar una visión de que hemos llegado al final de una era. Y ver la tradición occidental de derecho y legalidad, de orden y justicia, en una amplísima perspectiva histórica, y concluir en la realidad de este tiempo, lo lleva a denunciar el peligro de muerte inminente. La época está terminando.

Concibe que esto es algo que sentimos o que no sentimos. Y esa intuición lo lleva a presentar un poema de Archibald Mac Leish, en *The Metaphor*¹⁸:

*Un mundo termina cuando su metáfora ha muerto.
Una época se vuelve época, y mucho más,
Cuando poetas sensuales en su orgullo inventan
Emblemas para el contenido del alma*

¹⁶ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 55.

¹⁷ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 55.

¹⁸ BERMAN, Harold J. Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1983, p. 7.

*Que dicen los significados que los hombres jamás conocerán
Pero que imágenes hechas por el hombre podrán mostrar:
Perece cuando esas imágenes, aunque vistas,
Ya no significan nada.*

