

El derecho común medieval y moderno. Consideraciones desde el derecho civil*

PIETRO SIRENA

SUMARIO: I. *La historia del derecho a los ojos de un civilista*. II. (Sigue): *El uso instrumental de la historia del derecho: la interpretación histórica de la ley y el llamado ius commune modernum*. III. *Ius commune, droit commun, common law: un problema historiográfico*. IV. *Los límites del positivismo jurídico y el espíritu del derecho común*. V. *¿Repensar el derecho natural?*

I. LA HISTORIA DEL DERECHO A LOS OJOS DE UN CIVILISTA

El civilista que estudia el modo en que deben aplicarse las normas jurídicas vigentes no puede prescindir de la historia del derecho (aunque por carecer de un conocimiento directo de ella, debido a su limitado acceso a las fuentes, tiene que "hacérsela contar" por quienes bien la conocen, es decir, los historiadores del derecho).

Como enseña el *Digesto*, "*necessarium nobis videtur ipsius iuris originem atque processum demonstrare*"¹.

Para el civilista el conocimiento de la historia no constituye un fin en sí mismo, ya que le es ajeno el sentimiento de piedad por el pasado que, por el contrario, anima al anticuario²; él debe pensar sobre todo en el presente y sólo en función de éste surge su interés por lo que fue. Es comprensible entonces que en ejercicio

* Traducción del italiano CATALINA SALGADO.

1 D. 1.2.2 pr. *Pomponius libro singulari Enchiridii*.-*Necessarium itaque nobis videtur, ipsius iuris originem atque processum demonstrare*.- "Pomponio; *Manual*, libro único. Así, pues, nos parece necesario exponer el origen y el desarrollo del mismo derecho" (trad. GARCÍA DEL CORRAL).

2 Sobre el análisis existencial y cultural de "quien custodia y venera—quien mira hacia atrás, con fidelidad y amor, el lugar de donde proviene", ver particularmente la segunda de las *Considerazioni inattuali* de NIETZSCHE. *Sull'utilità e il danno della storia per la vita* (trad. it. GIAMETTA), Milán, 1973-1974 (reimp. 2006), 24 y ss.

de su oficio desconfíe de las crónicas y recopilaciones eruditas, en cuanto no le ayudan a lograr su objetivo, e incluso lo obstaculizan: en su caso, se trata de tomar una decisión y no de corroborar la verdad de los hechos o custodiar el tesoro de la sabiduría.

Más acorde con los intereses del civilista parece en cambio el conocimiento de la historia que, retomando la terminología utilizada por NIETZSCHE en la segunda de sus *consideraciones intempestivas*³, puede definirse como monumental, que toma el pasado como un modelo para imitar o como una enseñanza para poner en práctica (según la insigne definición de la historia como *magistra vitae*). Evidentemente tal postura no está encaminada a la contemplación o a la conservación de lo que fue, sino que se caracteriza por su finalidad práctica, que se preocupa, en todo caso, no tanto por plantear lo que debe hacerse ahora, sino más bien por proyectar lo que deberá o podrá ser hecho en un futuro.

Si se considera que el civilista no puede mejorar o corregir las leyes, debiendo aplicarlas como son en su momento, puede decirse que la concepción monumental de la historia no se adecua a su modo de actuar. En principio esta conclusión es cierta, aunque tal vez no por las razones que parecen ser las más evidentes si se lleva el positivismo jurídico hasta sus últimas consecuencias.

De hecho, una crítica moderada a este último permitiría sostener, no que el civilista pueda mejorar o corregir las leyes, pero sí que el derecho positivo es el resultado de la interpretación que él haga de ellas⁴ y que el criterio práctico más razonable que debe seguir al interpretarlas consiste en lo que es idealmente justo. En otras palabras, dejar en claro que el civilista no puede pretender resolver una controversia de conformidad con lo que es idealmente justo antes que con lo que está prescrito por las leyes no significa necesariamente excluir que lo que se encuentra prescrito por la leyes no deba ser en gran parte establecido por el civilista en virtud de lo que es idealmente justo. Sólo en tal sentido puede afrontarse actualmente el problema del derecho natural, que no puede ser calificado como vigente, ni mucho menos ser visto en términos de antinomia con el derecho positivo⁵.

Pero aun si quisiera compartirse esta posición, al menos parcialmente, la verdad es que ella no puede sacar mayor provecho de la concepción de la historia en

3 NIETZSCHE. Ob. cit., 16 y ss.

4 De no ser así, tendría que admitirse que las leyes son un fenómeno natural (MENGONI. *Ermeneutica giuridica*, en *Id. Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milán, 1996, 41): lo que precisamente es negado rotundamente por el positivismo jurídico. Sobre el significado de la hermenéutica en la experiencia jurídica ver en particular BENEDETTI. "La contemporaneità del civilista", en *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia, Atti del convegno in onore di Angelo Falzea, Messina 4-7 giugno 2002*, al cuidado de V. SCALISI, Milán, 2004, 1293 y ss.; GROSSI. "Il diritto tra norma e applicazione. Il ruolo del giurista nell'attuale società italiana", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2001, 501 y ss.

5 Ver también *infra*, n. 5.

examen. En realidad, el problema del derecho natural (si se acepta esta fórmula tan comprometedor y ya bastante alejada de la sensibilidad corriente) no tiene nada que ver con la tradición, a pesar de que a menudo ha sido confundido con ella: si se afronta en modo estricto, el problema del derecho natural plantea una cuestión de verdad objetiva –y está de más señalar lo poco que a menudo la tradición se concilia con dicha verdad⁶.

Si el derecho natural tiene algún sentido, no puede identificarse con la tradición, sino con ese conocimiento de la verdad que en la cultura occidental lleva desde siempre el nombre de filosofía⁷, y el hecho de que esta última deba ser entendida como filosofía de la política no cambia mucho la cuestión⁸.

No es irrelevante que ULPIANO describiera a los juristas como “*veram [...] philosophiam affectantes*”⁹. De allí que la postura del civilista frente a la historia del derecho no puede ser la piadosa del anticuario, ni la reverencial del tradicionalista, sino que debe dirigirse a identificar los instrumentos con los cuales quien lo precedió en la decisión del presente afrontó los problemas socio-económicos de su tiempo y, en última instancia, a formular un juicio sobre cómo los resolvió. Tal vez pueda hablarse al respecto de una aproximación productiva del pasado, que sin embargo no se refiere a su discutible actualización: no es cuestión de sobreponer la mentalidad de los modernos a la de los antiguos, o de modernizar su punto de vista¹⁰, sino de pretender la exhibición, por decirlo en algún modo, de los “certificados de nacimiento” de las instituciones jurídicas y de las categorías dogmáticas, para que su historia se haga nuevamente fluida y puedan removerse los velos acumulados por ella.

6 STRAUSS. *Diritto naturale e storia*, Génova, 1990. Ver también *infra*, n. 2.

7 En realidad, no pueden ponerse en discusión los valores de nuestra sociedad. Si se los acepta porque son los valores de nuestra sociedad, nos alejamos del problema del derecho natural antes que resolverlo: ello “significa simplemente huir de la propia responsabilidad [...], hacer del filisteísmo un deber y olvidarse de la diferencia entre verdaderos individuos y pálidos sepulcros” (STRAUSS. *Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger*, en ÍD. *Gerusalemme e Atene. Studi sul pensiero politico dell'Occidente* [trad. it. KOBAU], Turín, 1998, 366).

8 Con relación a la interpretación constitucional en materia de derechos fundamentales y de justicia ver MENGONI. *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, en ÍD. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 119.

9 D.1.1.1.1 *Ulpianus libro primo institutionum*. -*Cuius merito quis nos sacerdotes appellet, iustitiam namque colimus, et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, veram etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor, philosophiam, non simulatam affectantes.* “Ulpiano; *Instituciones*, libro I. -Por cuyo motivo alguien nos llama sacerdotes; pues cultivamos la justicia, profesamos el conocimiento de lo bueno y equitativo, separando lo justo de lo injusto, discerniendo lo lícito de lo ilícito, deseando hacer buenos a los hombres no solo por el miedo a las penas sino también con la incitación de los premios, buscando con ansia, si no me engaño, la verdadera filosofía, no la aparente” (trad. GARCÍA DEL CORRAL). Subrayado fuera del texto.

10 Al respecto ver las consideraciones de STRAUSS. *Come avviare lo studio della filosofia medievale*, en ÍD. *Gerusalemme e Atene*, cit., 249 y ss.

En últimas, se asume así una posición crítica frente a la historia, que puede implicar también la dureza de juicio que fue tan recalcada por NIETZSCHE como incompatible con la justicia¹¹, pero que en todo caso contiene una intención totalmente constructiva. Tal postura no tiene la finalidad de trastornar la historia sino que "por el contrario, lo que busca es circunscribirla a sus posibilidades (es decir dentro de sus límites), que emergen paulatinamente de la forma en que se proponga el problema y de la determinación correspondiente del campo probable de investigación"¹².

El conocimiento de la historia del derecho es ante todo el presupuesto indispensable para que el civilista pueda comprender la historicidad del derecho mismo¹³, es decir, la relatividad de cada una de las normas jurídicas que lo conforman y de las categorías dogmáticas que sirven para formalizarlas. Sólo quien tenga una percepción muy superficial o dispersa de lo que constituye la experiencia jurídica puede creer que todo se reduzca a una cuestión de carácter cultural, que busca refinar la sensibilidad del intérprete mediante su formación –*Ausbildung*–, cuando en realidad lo que está en juego es un presupuesto indispensable para el desarrollo del oficio técnico-práctico del civilista, que es posible sólo en la medida en que las instituciones jurídicas y las categorías dogmáticas no constituyan "absolutos" que dominen la mentalidad del jurista, sino "relativos" sometidos a su voluntad de actuar. Son instrumentos y como tales deben ser considerados frente a la tutela jurídica de los intereses subyacentes.

II. (SIGUE): EL USO INSTRUMENTAL DE LA HISTORIA DEL DERECHO: LA INTERPRETACIÓN HISTÓRICA DE LA LEY Y EL LLAMADO "IUS COMMUNE MODERNUM"

Que la ciencia jurídica pueda ser útil en modo inmediato y estructural en la solución de los problemas socioeconómicos del presente es secundario, pero no por ello puede ser ignorado.

En primer lugar, la interpretación de la ley puede beneficiarse de un argumento histórico, por lo menos si busca reconstruir en modo crítico la adecuación de la norma jurídica a la evolución de la realidad socioeconómica. Es más: esta dimensión

11 En *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, cit., 28, con tintes schopenharianos: "No es la justicia lo que está aquí en juicio; mucho menos la clemencia la que lo pronuncia: es solo la vida, esa fuerza oscura, urgente, insaciablemente ávida de sí misma".

12 Así, a propósito de la programada *Destruktion* de la tradición ontológica, HEIDEGGER. *Ser y Tiempo* (trad. esp. JORGE EDUARDO RIVERA C.), Madrid, 2003, p. 46.

13 En un sentido menos resuelto, ver, sin embargo, ORESTANO. *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bolonia, 1987, 593 y ss., para quien la concepción y el conocimiento histórico del derecho son también posibles en caso de ausencia de nociones e investigaciones históricas: sería cierto solamente "que una concepción histórica del derecho incita a menudo a buscar el conocimiento sobre su desarrollo en la historia y que el conocimiento de la historia del derecho tiende a estimular una concepción histórica, de modo que una y otra a menudo van de la mano".

histórica de la interpretación es prácticamente imprescindible para individualizar en modo adecuado la racionalidad objetiva de la norma jurídica, y por lo tanto, para interpretar teleológicamente la disposición que la prevé.

La percepción más clara y consciente al respecto se encuentra sin lugar a dudas en la obra de VON SAVIGNY¹⁴ y en general en las corrientes de pensamiento de la cultura jurídica alemana del siglo XIX que confluyeron en la denominada Escuela Histórica.

Sin embargo, es evidente que las fuentes del derecho romano, las leyes precedentes o los trabajos preparatorios no deben considerarse vinculantes para el intérprete. Por ejemplo, ha sido señalado que la comparación entre las disposiciones de los códigos abrogados y las del código vigente no ofrece ninguna indicación directa sobre el modo en que estas últimas deben ser interpretadas¹⁵. Y la Corte de Casación ha dejado en claro que "la voluntad que surge de los trabajos preparatorios no puede sobreponerse a la expresada por la ley en modo objetivo, como emerge de su sentido literal y lógico"¹⁶.

En general, vistos los complejos malentendidos historiográficos que han alimentado una imagen de VON SAVIGNY como la del jurista de la restauración y la de su escuela como la de un grupo de reaccionarios, debe insistirse en que la exigencia de una interpretación "histórica" de ninguna manera implica que el significado de la ley se encuentre determinado por sus orígenes¹⁷. Sostener lo contrario significaría además entrar en una contradicción insuperable con el presupuesto metodológico más seguro de aquella enseñanza acreditada¹⁸ que concibe la historicidad del derecho como su perpetuo cambio histórico y no como la permanencia de una tradición¹⁹.

14 Lo que no debe llevar a individuar en THIBAUT, su célebre antagonista sobre el problema de la codificación alemana, un iuspositivista en el sentido actual del término, quien fue más bien "uno de los últimos exponentes del tardo iusnaturalismo laico y liberal" (ORESTANO. Ob. cit., 240, nota 51).

15 C. M. BIANCA. *Diritto civile, I, La norma giuridica – i soggetti*, Milán, 2002, 32.

16 Casación del 27 de febrero de 1995, n. 2230, en *Giur. it.*, 1996, I, 1, c. 532 y ss., en la que se precisa que: "[s]in embargo, a los mismos trabajos preparatorios les puede ser reconocido valor subsidiario con fines hermenéuticos, cuando ellos, junto con otros cánones de interpretación y elementos de valoración emergentes de la norma misma, sean idóneos para aclarar el alcance de una disposición legislativa cuya formulación parezca ambigua". Sobre el carácter no vinculante de los trabajos preparatorios de la ley ya se habían pronunciado expresamente las sentencias de casación del 21 de mayo de 1988 (n. 3550) y del 8 de junio de 1979 (n. 3276); afirmaciones análogas se encuentran incidentalmente en numerosas máximas de la jurisprudencia de legitimidad.

17 BIANCA. Ob. cit., 32.

18 Según PARESCHE (s. v. *Interpretazione [filosofia]*, en *Enc. dir.*, XXII, Milán, 1972, 226), la verdadera herencia transmitida por SAVIGNY a los sucesores fue, sin embargo, la noción de sistema, leída a la luz de la propuesta metodológica racionalista desarrollada por su alumno. Al respecto, ver particularmente el estudio de CAPPELLINI: *Systema iuris*, I y II, Milán, 1984-1985.

19 Bajo un perfil diverso, la enseñanza de SAVIGNY se distinguió netamente del historicismo hegeliano, al que más bien se contrapuso en modo polémico (ver las indicaciones de ORESTANO. Ob. cit., 252, nota 87).

Pero el punto radica precisamente en que sólo una interpretación de la ley que la entienda como el resultado de una evolución histórica permite conducir esa tradición ante el tribunal de la verdad y la justicia, la cual en caso contrario se transmitiría como un absoluto ahistórico y atemporal, que se legitimaría a sí mismo en virtud de su propia existencia²⁰. En otras palabras, la interpretación histórica de la ley es evolutiva por naturaleza, porque presupone un conocimiento de la historia, no monumental, sino crítico²¹.

En tal sentido debe ser abordada la candente controversia doctrinal que empieza a generarse alrededor del denominado *ius commune modernum* y su idoneidad para constituir la matriz de un futuro derecho privado europeo²².

III. "IUS COMMUNE", "DROIT COMMUN", "COMMON LAW": UN PROBLEMA HISTORIOGRÁFICO

El reciente volumen de MARIO CARVALE, intitulado *Alle origini del diritto comune europeo*²³, es una ocasión perfecta para reflexionar sobre esta cuestión. La obra contiene en el fondo una relectura crítica de la construcción historiográfica del *ius commune* romano-canónico que se hace remontar al nombre de CALASSO²⁴, quien, como es sabido, a pesar de insistir en la caracterización del *ius commune* como "hecho espiritual"²⁵, reconoce en él, esencialmente, el ordenamiento jurídico territorial del Sacro Imperio Romano²⁶, sentando así las bases de una ambigüedad

20 Un fragmento ejemplar sobre el asunto puede leerse en VON SAVIGNY. *System des heutigen römischen Rechts*, Berlín, 1840 (reimp. Aalen, 1973), I, XV y ss.; y puede ser visto ya en ÍD. *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg, 1814, 133.

21 En los términos de NIETZSCHE expuestos *supra* en el n. 1.

22 En cuanto la "dimensión europea" del derecho romano ha sido desde hace tiempo valorizada en clave de integración de los ordenamientos jurídicos (en general, ver CANNATA. "Il diritto romano e gli attuali problemi d'unificazione del diritto europeo", en *Studi in memoria di Giambattista Impallomeni*, Milán, 1999, 41 y ss.), actualmente la formulación más insistente y convencida de la propuesta es la de ZIMMERMANN. *Die Europäisierung des Privatrechts und die Rechtsvergleichung*, Berlín, 2006; ÍD. "Roman Law and the Harmonisation of Private Law in Europe", en HARTKAMP et al. (eds.). *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, 2004, 21 y ss.; ÍD. *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The Civilian Tradition Today*, Oxford, 2001. En modo bastante polémico, ver los ensayos de MONATERI, GIARO y SOMMA. *Le radici comuni del diritto europeo*, Roma, 2005.

23 Bolonia, 2005. El volumen, que lleva como subtítulo "Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna", es el noveno del *Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno* dirigido por FILIPPO LIOTTA.

24 Ver, en general, PARADISI. "Il problema del diritto comune nella dottrina di Francesco Calasso", en ÍD. *Studi sul Medioevo giuridico*, II, Roma, 1987, 1009 y ss.

25 Ver particularmente la célebre introducción romana de 1946 que tiene como título *Il diritto comune come fatto spirituale*, que ahora se encuentra en CALASSO. *Introduzione al diritto comune*, Milán, 1951, 137 y ss.

26 Pese a ello, no puede subestimarse la importancia de los estudios de ERMINI, entre los cuales ver *Guida bibliografica per lo studio del diritto comune pontificio*, Bolonia, 1934; ÍD. "Ius commune e ius proprium", en ÍD. *Scritti di diritto comune*, al cuidado de SEGOLONI, I, Padua, 1976, 5 y ss.; ÍD. *Corso di diritto comune. Genesi ed evoluzione storica, elementi costitutivi, fonti*, Milán, 1943. Ver también las memorias del congreso en su honor (Perugia, 30-31 de octubre de 1976), con el título *Il diritto*

sin solución: por un lado, el *ius commune* como derecho no creado voluntariamente por los hombres sino a ellos entregado por Dios o por la razón; por el otro, el *ius commune* como derecho emanado por el monarca universal en ejercicio de sus poderes soberanos.

De este modo, el *ius commune* fue concebido en modo ahistórico, es decir, con referencia a categorías políticas de la modernidad (la soberanía del Estado, la estatalidad del derecho, la primacía de la ley como voluntad general de los ciudadanos, etc.). Pero tal concepción muestra su debilidad²⁷, sobre todo si se tiene presente que el ámbito espacial de aplicación del *ius commune* y el territorio del Sacro Imperio Romano no coincidían²⁸: de hecho, las regiones germánicas sólo abrazaron el derecho romano-canónico al alba de la edad moderna, y más precisamente con la instauración del *Reichskammergericht* en 1495²⁹, mientras que durante todo el Medioevo fueron fieles a sus costumbres locales. Por otra parte, en lo que se refiere al problema de la relación entre *ius commune* y *iura propria*³⁰, la tesis de una jerarquía ordenada de las fuentes, formulada por CALASSO, siempre ha sido puesta en entredicho³¹.

De modo que el eje esencial del *ius commune* no era la ley del príncipe, ni el *Corpus iuris civilis* o el *Corpus iuris canonici*, sino la *interpretatio doctrinalis*³²; tanto así que en el siglo XVI ALBERICO GENTILI presentaba a los glosadores y comentaristas como "*interpretes qui ad sua tempora accommodarunt leges Iustiniani*"³³. En este sentido, no hay nada más dicente que la conocida anécdota sobre el proceder de BARTOLO, quien primero individualizaba la *regula iuris* sobre la base del caso por resolver, para luego solicitar a su amigo TIGRINIO los textos justinianeos con los cuales justificarla³⁴.

La ley del príncipe en sí no tenía tanto la función de crear nuevo derecho, cuanto la de aclarar el derecho común ya existente³⁵, del que no podía apartarse sino en casos excepcionales (el conocido problema de los *rescripta contra ius*)³⁶.

comune e la tradizione giuridica europea, al cuidado de SEGOLONI, Perugia, 1980.

27 GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 1995, 228 y ss.

28 CARVALE. Ob. cit., 7 y ss.

29 La denominada protorecepción (*Frührezeption*), que se basaba en la vigencia formal del derecho romano con base en una medida del emperador LOTARIO III, tuvo de hecho una naturaleza exquisitamente doctrinal. En la primera mitad del seiscientos, sin embargo, el mito de tal recepción formal fue demolido por HERMANN CONRING.

30 Una visión general en ASCHERI. *I diritti del Medioevo*, Roma, 2000.

31 Al respecto, ver las indicaciones de CARVALE. Ob. cit., 9 y ss., 20 y ss., y GROSSI. Ob. cit., 233.

32 Sobre el rol de la *interpretatio* en el derecho medieval, ver en particular GROSSI. Ob. cit., 14.

33 Sobre la figura y la obra de ALBERICO GENTILI, ver MINNUCCI. *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus: l'inedito Commentario Ad legem Juliam de adulterio*, Bolonia, 2002; ÍD. *La nuova metodologia di Alberico Gentili nel I libro del De nuptis*, en *Alberico Gentili: l'uso della forza nel diritto internazionale, Atti del Convegno di San Ginesio (undicesima giornata gentiliana)*, 17-18 de septiembre de 2004, Milán, 2006, 401 y ss.

34 KANTOROWICZ. *La lotta per la scienza del diritto* (trad. it. MAJETTI), Bolonia, 1988, 93.

35 GROSSI. Ob. cit., 94 y ss., y (con referencia particular al concepto de *iurisdictionis*) 130 y ss.

36 CARVALE. Ob. cit., 37 y ss.

En ejercicio de la *interpretatio iuris*, los juristas medievales descartaban las normas jurídicas que se habían vuelto anacrónicas, las adaptaban a las nuevas exigencias, delimitaban en sentido extensivo o restrictivo su ámbito de aplicación. Se ha señalado en modo preciso que los juristas medievales no estaban condicionados de forma determinante por los textos de sus compilaciones: no se planteaban el problema de la "fidelidad al libro"³⁷.

Nada como el estudio del *ius commune* enseña al jurista que conviene amar el derecho más que las reglas, particulares y variables, en las que este se manifiesta a lo largo del tiempo³⁸.

IV. LOS LÍMITES DEL POSITIVISMO JURÍDICO Y EL ESPÍRITU DEL DERECHO COMÚN

De esta manera resulta claro al civilista que la idea del derecho positivo no sólo es históricamente reciente y al fin de cuentas frágil, sino que además, pese a ser insustituible, explica muy poco la experiencia jurídica³⁹.

El positivismo jurídico le prometió al civilista acceder con certeza objetiva al fundamento del derecho, el poder remontarse a la *causa non causata* que pueda constituir su principio. Pero cuán ilusoria es tal promesa, puede evidenciarse en las célebres páginas que HANS Kelsen, el mayor exponente del positivismo jurídico, dedicó a la *Grundnorm*, la "norma fundamental", encargada de garantizar validez a todo el ordenamiento jurídico⁴⁰.

En el positivismo formalista kelseniano toda norma jurídica es considerada tal, es válida, siempre que haya sido emanada de conformidad con una norma jurídica, de grado superior, que discipline precisamente su formación⁴¹; y así, grado tras grado, se va retrocediendo vertiginosamente en la jerarquía de las fuentes del derecho (el llamado *Stufenbau*)⁴². Pero ¿hasta dónde? ¿Dónde termina la cadena de remisiones? ¿Cuál es el origen sobre el cual puede apoyarse la jerarquía de las normas jurídicas?

37 GROSSI. Ob. cit., 229. Las orientaciones historiográficas que entienden la *interpretatio iuris* como ciencia textual se fundan sobre todo en el paralelismo con la exégesis bíblica (para referencias más oportunas, ver CARVALE. Ob. cit., 16 y ss.).

38 D. 50.17.1 Paulus libro 16 ad Plautium.-Regula est, quae rem, quae est, breviter enarrat. Non ex regula ius sumatur, sed ex iure, quod est, regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae, simul quum in aliquo vitiata est, perdit officium suum. "Paulo, Comentarios a Plaucio, libro XVI.- "Regla es la que expone brevemente la cosa, tal cual es. El derecho no se toma de la regla, sino que la regla se hace con arreglo al derecho que hay. Así, pues, por medio de una regla se hace breve narración de las cosas, y como dice Sabino, es como un compendio de la causa, que tan pronto como es viciada en algo, pierde su eficacia" (trad. GARCÍA DEL CORRAL).

39 Al respecto son ilustrativos los ensayos de GROSSI. *Mitologie giuridiche della modernità*, Milán, 2001.

40 Ver sobre todo Kelsen. *La doctrina pura del diritto*² (trad. it. LOSANO), Turín, 1966, 217 y ss.

41 Recientemente IRTI, en IRTI y SEVERINO. *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001, 5 y ss.

42 Kelsen. Ob. cit., 251 y ss.

En realidad, la respuesta a este interrogante le resulta imposible al positivismo jurídico⁴³; en otras palabras, la única respuesta intelectualmente honesta queda reducida a una palabra antigua y terriblemente potente, que domina hoy día la cultura y el modo mismo de vivir del hombre: la nada⁴⁴.

Así como para el hombre contemporáneo no hay nada más aparte de los objetos sometidos de forma ilimitada a su capacidad de manipulación técnica y a su "voluntad de poder", para el jurista contemporáneo no existe otra cosa fuera de las normas jurídicas particulares⁴⁵. Y es vano interrogarse sobre su sentido o su valor, porque ellas no son sino el resultado de la decisión política⁴⁶: no pertenecen al mundo de la verdad y por ende no pertenecen al de la filosofía, sino al de la voluntad y por ende al de la política.

De esta forma es comprensible que el civilista contemporáneo sienta una especie de estupor al entrar en contacto con lo que para los juristas medievales era el derecho común: el derecho romano-canónico construido sobre la base de la *interpretatio* de los *corpus iuris civilis* y *iuris canonici*, y el *common law* edificado en ejercicio de la jurisdicción regia y también parlamentaria –nótese que a la par, el *statute law* formaba parte del *common law*, en cuanto tenía la función, no de crear nuevo derecho, sino de aclarar una disciplina consuetudinaria poco precisa o aún no expresa⁴⁷.

Es sobre todo esto último lo que impresiona e incluso llega a asustar al civilista que hoy se acerca al derecho común medieval: que éste presuponía depender de otra cosa; que reconocía su fundamento en algo diferente de sí mismo. En otros términos, como ha sido señalado⁴⁸, el derecho común medieval tenía una naturaleza íntimamente teológica que se quemó inevitablemente con la lumbre de la modernidad.

43 Como es evidente, "el inicio" del derecho no se encuentra en la Constitución, pues aunque cuente con características bastante particulares, no puede sino formar parte del derecho positivo. Así se explica la observación de ZAGREBELSKY (*Principi e voti*, Turín, 2005, 26, nota 7), según la cual, la raíz del deber de ser fieles a la República y de observar la Constitución y las leyes, proclamado por el artículo 54 de la Constitución, no estaría constituida por la fuerza normativa de ella misma, sino por un "compromiso asumido autónoma y contractualmente al momento de su adopción o incluso con anterioridad, al momento de la decisión común de convocar una Asamblea dotada de poder constituyente"; pero con ello se plantea nuevamente el problema de la *Grundnorm* kelseniana (es decir, el de cuál es la norma de rango superior que garantiza la validez de la Constitución, disciplinando el procedimiento de su aprobación).

44 Sólo un jurista no ha vacilado en pronunciarla abiertamente: IRTI (*Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004), y ya el mismo autor ("Nichilismo giuridico e metodo giuridico", en *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, al cuidado de SCALISI, cit., 79 y ss.).

45 Una crítica rigurosa en PERLINGIERI. "Le insidie del nichilismo giuridico. Le ragioni del mercato e le ragioni del diritto", en *Rass. dir. civ.*, 2005, 1 y ss.

46 Se trata, por lo tanto, de una visión potestativa del derecho, como ha sido explicado por GROSSI (*Oltre le mitologie giuridiche della modernità*), ahora en ÍD. *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 55.

47 CARVALE. Ob. cit., 208 y ss.

48 GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, cit., 136.

Luego el fundamento sobrenatural fue negado (o limitado) en nombre del fundamento natural, que sin embargo resultó ser todo menos que natural, revelándose más como residuo o inversión del fundamento sobrenatural mismo⁴⁹: para el iluminismo salir del estado de naturaleza es tan necesario como imposible⁵⁰.

Cuando Dios se convirtió en una hipótesis demasiado extrema, no fue suplido con posiciones moderadas, sino "por otras [posiciones] a su vez extremas, pero opuestas", como observó NIETZSCHE en el llamado fragmento de *Lenzerheide*⁵¹. Se esclarece así en toda su profundidad (y veracidad histórica) la conocida observación de SCHMITT según la cual "los conceptos más elementales de la teoría moderna del Estado son conceptos teológicos secularizados"⁵².

Como ha sido puesto de relieve⁵³, el jurista moderno ha sido constreñido a transformarse en una fábrica de mitos fundantes, aun cuando se parte de la base de su imposibilidad⁵⁴.

Bajo el presupuesto de que la ley se identifica con la voluntad general, el derecho se convirtió en política, es decir, en el arbitrio de la mayoría que impone su voluntad a una minoría que queda resignada a aceptar la imposición del derecho por parte de quienes lo han decidido.

El sentido del derecho común medieval se apagó y el problema mismo de la justicia salió del horizonte jurídico⁵⁵.

El derecho dejó de ser justo o injusto para pasar a ser, simplemente, lo que políticamente se ha querido que sea; y al jurista no le queda otra opción que la de acoger la voluntad que el legislador manifiesta en el texto de sus disposiciones⁵⁶. La justicia ha sido sometida al voto de la mayoría⁵⁷.

49 STRAUSS. *Filosofía e Legge. Contributi per la comprensione di Maimonide e dei suoi predecessori* (trad. it. al cuidado de ALTINI), Florencia, 2003, 137, nota 2.

50 HORKHEIMER y ADORNO. *Dialectica dell'illuminismo* (trad. it. SOLMI), Turín, 1966, 21, que, como es sabido, evidencian precisamente en la relación de exclusión entre *logos* y naturaleza el elemento que caracteriza la autocomprensión del iluminismo, destinándolo a la regresión barbárica en virtud de su carácter íntimamente totalitario. Un análisis reciente en CALASSO. *La rovina di Kasch*, Milán, 1983, especialmente pp. 32 y ss.

51 NIETZSCHE. *Il nichilismo europeo* (trad. it. GIAMETTA), Milán, 2006, 12.

52 SCHMITT. "Teologia politica", en ÍD. *Le categorie del 'politico'* (trad. it. SCHIERA), Bolonia, 1962, 61.

53 GROSSI. "Giustizia come legge o legge come giustizia?", en ÍD. *Mitologie giuridiche della modernità*, cit., 43; ÍD. "Le molte vite del giacobinismo giuridico. Ovvero: la 'carta di Nizza', il progetto di 'Costituzione europea' e le insoddisfazioni di uno storico del diritto", en *op. ult. cit.*, 131 y ss.

54 Así se sostiene la acusación de deshonestidad filosófica formulada por NIETZSCHE de frente al iluminismo (ver sobre todo STRAUSS. "Relativismo", en ÍD. *Gerusalemme e Atene*, cit., 333 y ss.).

55 GROSSI. *Giustizia come legge o legge come giustizia?*, cit., 16 y ss.

56 Ver sobre todo los ensayos críticos de GROSSI. *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán, 1998.

57 GLOZZI. "Sulla critica giuspositivista ai principi di giustizia", en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, 1061 y ss. La afirmación según la cual "sobre la Constitución no se vota" (ZAGREBELSKY. *Ob. cit.*, especialmente pp. 21 y ss.) se refiere precisamente a los pronunciamientos de la Corte Constitucional y se dirige a confutar la conocida teoría que entiende la justicia constitucional como la legislación constitucional (SCHMITT. *Il custode della Costituzione*, al cuidado de CARACCILO, Milán, 1981); sin embargo, ello no significa que desde el punto de vista de un normativismo rigurosamente formalista, las normas constitucionales sean sí jerárquicamente superiores pero

Esta posición habría sido totalmente incomprensible para el jurista medieval, quien concebía un monarca sometido al respeto del derecho común y carente en absoluto del poder de modificarlo o de abrogarlo, salvo eventualmente el de suspender su aplicación como consecuencia de circunstancias excepcionales.

Ciertamente, la superioridad del derecho común no derivaba de la sabiduría de los doctos que glosaban y comentaban las grandes recopilaciones del *ius civile* y del *ius canonicum*: con todo y su sapiencia, la opinión de BARTOLO en sí misma considerada no era derecho; pero apoyada en un fragmento de los *Digesta*, adquiría la gracia de la juridicidad⁵⁸.

En el mismo sentido, uno de los crismas del *common law* consistía en su continuidad *ab immemorabili*⁵⁹; y aunque las *coutumes* francesas estuvieran dentro de la voluntad dispositiva del rey, éste debía reconocer que se encontraba sometido a algunas leyes fundamentales: y posteriormente, ya en vísperas de la Revolución, las *coutumes* mismas fueron puestas entre las leyes fundamentales⁶⁰.

V. ¿REPENSAR EL DERECHO NATURAL?

De este modo, el jurista medieval siempre se planteaba el problema de justificar el derecho, de mostrar su legitimidad.

Pero al mismo tiempo, y precisamente porque él mantenía abierto dicho problema, podía llegar a ser extraordinaria e insospechablemente laica⁶¹, era capaz de comprender el derecho como ordenamiento jurídico de la sociedad y de garantizar su evolución continua y moderada con base en las exigencias de los tiempos⁶².

Pero el civilista contemporáneo carece de tales cualidades, porque al estar limitado a su rol de descifrador de leyes y sentencias, es incapaz de tomar cualquier decisión: ya no puede proyectar el derecho, no puede sino aceptar el derecho como un instrumento en manos de la política⁶³.

A menos que lo que se quiera sea resignarse a la constatación del nihilismo jurídico⁶⁴, no es posible escapar a la exigencia de una reflexión metodológica referida principalmente a la formación del jurista⁶⁵.

en todo caso aprobadas de conformidad con un procedimiento que les garantiza validez, exactamente como las normas legislativas. En tal sentido, también ellas son normas políticamente arbitrarias (pero cfr. MENGONI. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 118).

58 GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, cit., 227.

59 CARVALE. Ob. cit., 195 y ss.

60 *Ibid.*, 156 y ss.

61 Fundamental al respecto la obra de R. W. y A. J. CARLYLE *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, I-VI, Edimburgo, 1903-1936. Recientemente ver TIERNEY. *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico 1150-1625*, al cuidado de MELLONI, Bologna, 2002.

62 GROSSI. *L'ordine giuridico medievale*, cit., 58 y ss.

63 GROSSI. *Oltre le mitologie giuridiche della modernità*, cit., 55 y ss.

64 Lo que no significa negar la verdad, sino asumirlo como un problema que debe ser resuelto (STRAUSS. *Introduzione all'esistenzialismo di Heidegger*, cit., 366).

65 Se quiere de este modo retomar la lección de GROSSI. "La formazione del giurista e l'esigenza

Es difícil establecer si volver a abrir la dolorosa herida del derecho natural sea el modo más útil para sacudir al civilista contemporáneo de su indiferencia⁶⁶ y para darle aún un sentido a su rol, que no sea simplemente el de consejero del príncipe o el de operador práctico.

Con el fin de disipar cualquier posible equívoco, conviene aclarar que el método positivista es el único viable para identificar las normas vigentes en un ordenamiento jurídico dado⁶⁷. Científicamente es indiscutible que el derecho natural no puede ser concebido como un conjunto de normas alternativas y contrapuestas a las normas del derecho positivo: sin lugar a dudas, no parece viable sostener la hipótesis de la existencia de un "derecho natural vigente".

Sin embargo, es cada vez más urgente una definición crítica del positivismo jurídico que no se sustraiga a los desafíos que el derecho natural representa, los cuales podrían ser planteados en forma de interrogantes:

Primer interrogante: ¿Conviene concebir el derecho positivo como el producto de una voluntad o soberanía absolutas del legislador, admitiendo solamente que ella pueda autolimitarse? ¿No es acaso más realista reconocer que existe un conjunto de estructuras materiales y porqué no, también humanas, que el derecho está en la obligación de tener en cuenta? ¿En otros términos, no debe admitirse que lo que denominamos "mundo" o "vida" –conceptos ya bastante complicados desde el punto de vista filosófico– expresa algunos criterios que ordenan la realidad? ¿No es irracional que tales criterios no sean tenidos en cuenta por el jurista?

En estos términos, se entiende el derecho natural como una remisión a la "naturaleza de las cosas" (la *Natur der Sache* de la tradición filosófica alemana) y contrasta con la acepción imperativa del positivismo jurídico.

El segundo orden de interrogantes es tal vez más complejo, particularmente por las delicadas consecuencias morales y políticas que puede conllevar. Podría resumirse en términos simples así: ¿El fin de la supervivencia, connatural al hombre, no presupone que el derecho positivo prevea necesariamente algunos principios o reglas? En otros términos, ¿es posible sostener que sin algún "contenido mínimo" el derecho positivo fracasa en su función⁶⁸, por no lograr asegurar a los hombres lo necesario para su supervivencia o para el bienestar de la sociedad?

di un odierno ripensamento metodologico", en *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2003, 25 y ss. (del extracto).

66 Pero no puede ocultarse que algunas voces de la más reciente filosofía del derecho trabajan en tal dirección, entre ella sobresale la de RICCIARDI. "Ritorno del diritto naturale?", en *Tra legge e virtù. La filosofia pratica angloamericana contemporanea*, al cuidado de CAMPODONICO, Génova, 2004, 159 y ss.

67 Como ha sido puntualizado rigurosamente por MENGONI ("Interpretazione e nuova dogmatica", en ÍD. *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., 74), "superar el positivismo legislativo no significa abandonar el principio positivista del derecho".

68 Ver sobre todo RICCIARDI. "Diritto naturale minimo", en *Filosofia analitica*, al cuidado de COLIVA, Roma, 2007, 379 y ss.

En estos términos, el derecho natural se concibe como un "contenido mínimo" del derecho positivo y contrasta con la acepción formalista o pura del positivismo jurídico. Además –y esto constituye probablemente el punto más delicado– el derecho natural es visto como estándar de valoración del derecho positivo, como criterio para formular un juicio de valor sobre normas vigentes, discrepando inevitablemente no sólo con el historicismo sino también con el subjetivismo ético porque postula la posibilidad de una ética "cognitiva"⁶⁹.

69 Sobre el aporte de la hermenéutica contemporánea al respecto, ver MENGONI. *Interpretazione e nuova dogmatica*, cit., 73 y ss.

