Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Traducciones

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Pluralidad de las fuentes del derecho y el papel de la Constitución*

Plurality of sources of law and the role of the Constitution

Paolo Grossi (Italia)**

Resumen

El texto aborda cómo el Estado, persona jurídica por excelencia, constituye una organización de poderes que, gracias a la fuerza legítima que tiene, logra mantener la seguridad que necesitan los ciudadanos para ejercer sus derechos y para desarrollar acciones en el plano personal y social. El Estado es una pluralidad de ordenamientos que es nutrida por la república, incluso con la primacía de aquel.

PALABRAS CLAVE: Constitucionalismo, pluralismo, fuentes del derecho, Estado democrático.

Abstract

The text talks about how the State, a legal person par excellence, constitutes an organization of powers that, thanks to the legitimate force that it has in its hands, manages to maintain that security that citizens need to exercise their rights and to develop actions on a personal and social level.

* Lección impartida el 2 de abril de 2019 en el aula magna de la Universidad de Florencia, durante el curso "El juez a la búsqueda de la norma", organizado por la Escuela Superior de la Magistratura de Scandicci. Publicado originalmente en Grossi (2019) y traducido del italiano al español por José Ramón Narváez Hernández.

** Presidente emérito de la Corte Constitucional italiana. segreteria@centropgm.unifi.it.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

It is a plurality of systems that the Republic nurtures in its bosom even in the primacy of the State.

KEYWORDS: constitutionalism, pluralism, sources of law, democratic State.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Después de nueve años de intensa —y, para mí, fructuosísima— familiaridad con las funciones del juez constitucional, debo comenzar esta lección introductoria con una afirmación liminal, que no hago con gusto, pero que es —de manera desafortunada— sustancialmente verídica: aun ahora, en 2019, después de 71 buenos años de vida de nuestra carta constitucional,[1] circula entre muchos juristas un seguro sentimiento de respeto, pero también de real desatención.

Respeto y desatención son situaciones psicológicas que resultan antinómicas si conviven en una misma persona, pero que encuentran una justificación en el falso acercamiento que hasta ahora se hace, de diversos modos, a nuestra Constitución. Esta es puesta en el mismo plano —y, por tanto, en perfecta continuidad— con las cartas de derechos de sello iusnaturalista, en las que fue pródiga Europa a finales del siglo XVIII, en el sexenio revolucionario francés. Declaraciones, estas, muy nobles, que identificaban situaciones subjetivas del ciudadano, inviolables por los detentores del poder, pero que no pretendían exorbitar los reconocimientos de carácter filosófico-político[2] y que encomendaron a un legislador positivo para su concreta tutela jurídica.

Si fuera así, se entendería el respeto y, a la vez, la desatención. Los juristas, de hecho, tienen más que pensar que en los prólogos en el cielo. Pero no es así, porque nuestra Constitución es hija de su tiempo, es expresión de un tiempo jurídico posmoderno,[3] con características y peculiaridades que la distancian completamente del constitucionalismo del siglo XVIII, ya sea el estadunidense o el francés.[4] Los principios que aquella reconoce y

1 N. del T. De aquí en adelante el autor se referirá a la Constitución de 1948 como "la carta".

2 "Nubes de trascendentales declaraciones de derechos" la llama burlonamente, a fines del siglo XIX, Vittorio Emanuele Orlando, refundador de una moderna ciencia iuspublicista en Italia. Cfr. Grossi (2000, 35).

3 Remito a las precisiones que ofrecí en dos ensayos de algunos años atrás acerca de la calificación de nuestro tiempo jurídico como "posmoderno" (Grossi 2012) y respecto de la posmodernidad de la Constitución de 1948 (Grossi 2017a).

4 He insistido en lo último que escribí acerca de esta incurable distancia en Grossi (2019).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

guarda en su seno son en su origen jurídico, intrínsecamente jurídico,[5] tanto que identifican en sí el nivel más profundo de la juridicidad de la república.

Hay una actitud que culturalmente me parece incluso más alarmante y es la de aquel civilista que en la fuerte presencia jurídica de nuestra carta reconoce, sin medios términos, el eclipse del derecho civil (Castronovo 2015), título de un volumen que no ha sido publicado en la década de 1950, sino en el año de gracia 2015. La argumentación es —al menos para mí— desconcertante, pero muy franca. Se verificaría, de hecho, "una mutación genética de la jurisdicción" (Castronovo 2015, 29), que consiste en su relación directa con la Constitución, no solo con la ley positiva, desnaturalizándose totalmente y desnaturalizando el armónico sistema, claro y cierto, del legalismo estatalista moderno. ¡Mutación genética!

Bastaba dar apenas una mirada al rol que juristas teóricos y prácticos han tenido en la experiencia jurídica romana, en el derecho común medieval y en el *common law* desde siempre, para llegar a una conclusión exactamente opuesta: simplemente han rencontrado y recuperado su propia y auténtica función de intérpretes y no de simples exégetas, alterada profundamente y desnaturalizada (esto sí) desde las estrategias de la civilización jurídica burguesa que se consolidó de manera definitiva gracias a la Revolución Francesa.[6]

Como se dijo hace un momento, se trata de principios, en apariencia más elásticos, de los mandatos, pero intrínseca y originalmente jurídicos y, por tanto, aplicables por el juez de manera directa. Tengo, al respecto, un vivo recuerdo de mi experiencia en la Corte. Se trató, entre 2013 y 2014, de cuestiones concernientes a una fianza[7] un tanto excesiva que parecía enormemente injusta y, por eso, lesiva del principio de solidaridad previsto

---

5 Obviamente se presupone la no identificación de lo *jurídico* en lo *legal*, como hasta hoy enseñan muchos testarudos adeptos del legalismo estatalista.

6 Son, aproximadamente, las mismas afirmaciones que hice hace un año y medio (Grossi 2018, 335).

7 N. del T. En italiano *caparra confirmatoria*, que se traduciría literalmente como "depósito confirmatorio", se define como aquella suma de dinero (o cantidad en bienes fungibles) que una de las partes consigna a la otra al momento de la conclusión del contrato (por ejemplo, en caso de una compraventa), para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

en el artículo 2 de la carta. El relator, el juez Mario Morelli, un severo magistrado proveniente de la Corte de Casación, no tuvo vacilación alguna para proponer al colegiado la "evidencia ex oficio de la nulidad [...] en contraste con el precepto del artículo 2º", y sobre esta certeza técnica construyó las dos ordenanzas de inadmisibilidad (ordenanza número 248 de 2013 y la número 77 de 2014). Es inútil que agregue mi plena adhesión en el seno del pleno por la propuesta del relator.

Estos principios jurídicos, comenzando por el principio de solidaridad, nutren a toda la república y no solo al Estado, república-Estado. He aquí una dialéctica que recorre toda la Constitución y que debería llamar mayormente la atención de los juristas: dos términos diferentes que señalan contenidos profundamente distintos, que evidencian, en consecuencia, un pluralismo jurídico de gran relevancia. Trataré de explicarme mejor. El Estado, persona jurídica por excelencia, es una organización de poderes que, gracias a la fuerza legítima que tiene en sus manos, logra mantener aquella seguridad de la cual los ciudadanos tienen necesidad para ejercer sus derechos y desarrollar acciones en el plano personal y social. Es por esto por lo que no se puede dejar de reconocerle una primacía en el ámbito interno de la república, porque es, sin duda, el ordenamiento necesario para garantizar una convivencia pacífica y, también sin duda, el predominante, el más masivo y el más vistoso, con sus innumerables manifestaciones.

Está, por así decirlo, "por encima" una realidad auténticamente pluralista, y es que la república ha de entenderse como la proyección social, política y jurídica de una comunidad que expresa, en dicha proyección, su complejidad social y, en consecuencia, también su complejidad jurídica. De hecho, si existe una finalidad, que en particular los juristas de matriz cristiana tienen bien presente durante los fértiles trabajos constituyentes, es precisamente el proyecto de prohibir el reduccionismo, el cual, en la edad burguesa, había sometido, con decidida estrategia, a la sociedad y al derecho, y de efectuar la plena recuperación de la rica complejidad propia, tanto de una como del otro. La línea era, sobre todo, aquella del ins-

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

titucionalismo francés e italiano (Marcel Renard y Santi Romano) con sus francas perspectivas pluri-ordena-mentales.

Es una pluralidad de ordenamientos que la república nutre en su seno aun en la primacía del Estado. Una luz al respecto nos la ofrece la misma carta, cuando, en el artículo 7, reconoce que "El Estado y la Iglesia católica son, cada uno en su propio orden, independientes y soberanos". Pero existen emersiones significativas en este nuestro tiempo de redescubrimiento pluralista. Apunto aquí una que me parece ejemplar: la Ley número 168 del 20 noviembre de 2017, concerniente a una materia apartada del orden jurídico: los activos de propiedad colectiva,[8] que son comunidades propietarias de grandes parcelas de tierra, por lo regular de bosques y de pastoreo, que data de épocas premodernas, marcadas por costumbres sociales, económicas y jurídicas, absolutamente peculiares y sedimentadas en el curso de un devenir inmemorial.

Durante la modernidad, esos activos de propiedad colectiva contrastaron con el modelo monista de la propiedad privada/individual, punto de apoyo fundacional de una civilización burguesa, y fueron objeto de una total incomprensión, que degeneró en odiosas persecuciones e, incluso, en la voluntad política de cancelarlos mediante inicuos procedimientos de liquidación. La ley arriba citada es testimonio de una nueva visión del legislador italiano y, se podría decir, una conversión en sentido pluralista, querida y comprendida como "actuación de la Constitución" (artículo 1). Es una significativa admisión, de la que se desprende el reconocimiento de los propietarios colectivos como "ordenamiento jurídico primario de las comunidades originarias". La complejidad del paisaje jurídico italiano tiene, en este relevantísimo texto legislativo, una sustanciosa recuperación.

---

[8] N. del T. En italiano *assetti fondiari collettivi* refiere a un conjunto de modelos de propiedad, que tienen que ver con el uso o la administración de los recursos de personas morales con tierras comunales desde un elemento constitutivo: permitir, regular y garantizar en el tiempo el acceso y el uso de la tierra por parte de una comunidad específica.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Nos impulsa, sin embargo, a una nítida conclusión, a fin de evitar posibles malentendidos: permanece conspicuo el papel del Estado como principal productor de derecho y es indiscutible el papel de la ley para áreas de la experiencia estrechamente ligadas a la seguridad de la comunidad entera —el ejemplo principal es el derecho penal, en el que solo la ley puede asegurar una certeza, particularmente necesaria, con la adyacente y todavía hasta hoy pretensión de "verdad", que es objeto de problematizaciones por una parte considerable de los estudiosos de la doctrina italiana: Francesco Palazzo, Giovanni Fiandaca y Massimo Donini—. Así, tiene ciertamente un papel conspicuo, pero no exclusivo. Con la revolución cultural realizada por el universo jurídico de la Constitución republicana, debe ser clara la idea de que el Estado no agota (ni está en grado de agotar) la juridicidad. Es más, el sostener de manera testaruda, como hace 200 años, un legalismo estatalista y, por tanto, un Estado titular del monopolio de la producción jurídica, no podría más que representar una evidente violación del proyecto nítidamente indicado por los padres constituyentes en nuestra carta formal.

Quisiera continuar en un intento de problematización que me parece culturalmente debido, aun si este llega a inclinarse —pero esto es propio del resultado a alcanzar— por certezas estacionarias y oblicuas como si se tratara de verdades —que tales no eran, pero en las cuales aún creen muchos—. Y puedo hacerlo de forma amable, aún, y sobre todo —como he referido—, de la novenaria experiencia de juez constitucional, que ha corroborado una propia y vieja convicción iniciada desde mi atención juvenil a los prestigiados trabajos preparatorios de la asamblea constituyente: la carta del 48 no agota la dimensión constitucional de la república. Es una constatación que a cada uno podrá parecerle redundante, pero en la que conviene insistir a causa de la apropiación formalista recurrente en muchos constitucionalistas.

La carta expresa un sistema de principios (precisamente, expresos) que los padres consideraron urgente fijar en 139 artículos, que buscan otor-

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

gar a la naciente creatura político-jurídica una base estable sobre la cual fundar el futuro desarrollo de la vida democrática. Para usar también aquí una imagen naturalista ya utilizada por mí en varias ocasiones, los principios expresos son la parte que emerge a la superficie de un continente sumergido, invisible en tanto que latente, pero presente y vital; es el espacio secreto de los principios inexpresados, los cuales forman un sustrato de valores que funge desde lo escondido como *ordo ordinans*, como desde hace algún tiempo ha enseñado un agudo constitucionalista nuestro: Franco Modugno (1977, 200 y ss.), hoy con un asiento en el colegio de jueces de la Consulta.[9] Un sustrato de valores que, en cuanto que está formado precisamente por valores, no es sometido a las variaciones de lo efímero, pero que, de cierto modo, no es inmóvil; es y será recorrido por el movimiento lentísimo que es propio del mundo de los valores, pero evoluciona en el tiempo siguiendo la vida del pueblo italiano, en perfecta coherencia con el devenir continuo de aquella.

La tarea de registrar este singular movimiento/cambio pertenece en lo tradicional a la Corte Constitucional, que desde siempre la ha llevado a cabo junto al papel primario que le asigna la carta con la que se cancela el ordenamiento positivo de leyes estatales y regionales juzgadas inconstitucionales. Cuando en 2016 festejamos los primeros 60 años de funcionamiento de la Corte y el Colegio Judicial acogió una propuesta mía para organizar un congreso científico acerca de lo que aquella había hecho, no hecho o hecho mal en este amplio lapso, los valientes estudiosos, investigadores de las más dispares disciplinas jurídicas, que fueron llamados como relatores, no pudieron más que destacar aquello que yo ya comenzaba a calificar como el papel inventivo de la misma Corte: inventivo, es decir, un buscar para encontrar (según la raíz latina); una continua lectura en el sustrato de valores para hallar y registrar modificaciones, con el re-

[9] N. del T. La expresión refiere a que Franco Modugno forma parte del pleno de la Corte Constitucional italiana (la Consulta).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sultado de verdad relevantísimo de un aumento del repositorio de derechos fundamentales del ciudadano (Grossi 2017a). Y fue entonces que me vino a la cabeza la imagen — que muchos consideran superada— de una Corte como "órgano respiratorio del orden jurídico de la república" (Grossi 2017b).

Todo esto llevaba a una conclusión, que asumía también la consistencia de un verdadero rescate para el derecho y los juristas en Italia: se presentaba como absurda, mejor aún, como irremediablemente dañina la insistencia de muchos, de muchísimos, en la tentativa de hacer sobrevivir el Estado decimonónico de derecho de marca liberal-burguesa; aquella insistencia se identificaba con la inútil tarea de embalsamar un cadáver.

Me ayuda aquí un nítido recuerdo, que data de hace casi 20 años, de un libro —al que me adherí plenamente— escrito por dos valientes magistrados: Paolo Borgna y Margherita Cassano (esta última, hoy, primera presidenta de la Corte de Apelaciones de Florencia). El libro tenía un título eficazmente elocuente, *El juez y el príncipe* (Borgna y Cassano 1997), y lo reseñé de inmediato para *Quaderni fiorentini*, que entonces yo dirigía. El capítulo central tenía por título un interrogativo riguroso: "¿Es el juez aún boca de la ley?"; riguroso porque imponía someter a discusión una locución del siglo XVIII musitada pasivamente por cada jurista de la modernidad burguesa, casi como si fuera una verdad revelada. La respuesta, que dieron entonces Borgna y Cassano (1997) y que con gusto retomo en esta tarde de abril de 2019, se limitaba a expresar la siguiente convicción:

> la teoría de los revolucionarios franceses [...] es en algún modo del todo inadecuada para fundar la legitimación de nuestros jueces, [a causa de la] imposibilidad de la norma escrita para hacer frente, regular y resolver todos los más dispares casos del vivir civil (Borgna y Cassano 1997, 49).

Fue una convicción valiente hace 20 años en boca de dos personajes que no eran unos fantasiosos doctrinarios, sino dos magistrados. Una convicción que es mía hoy, cuando contemplo la profunda crisis actual del

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

sistema de fuentes, aún inmovilizado dogmáticamente en las conclusiones absolutistas de los jacobinos. Creo que no erré cuando —hace 30 años— acuñé una fórmula elemental (y, justo porque era elemental, era también afortunada): "absolutismo jurídico",[10] para marcar la esencia de una civilización —aquella burguesa germinada en el vientre de la Revolución— que sostenía un desenfrenado liberalismo económico y, al mismo tiempo, una concepción absolutista del derecho, confiado al monopolio del poder político y, en consecuencia, marcado por un carácter autoritario. El derecho —sobre todo el civil, que trata de nociones exquisitamente constitucionales para el gremio burgués (como propiedad privada, contratos o sucesiones)— debía ser controlado desde arriba de forma rigurosa. Además, el mismo Estado de derecho tan aclamado se ciñó a un Estado que —curiosamente— se autolimitaba y, por tanto, se expresaba en un autoritarismo moderado, pero, como sea, autoritarismo.

He aquí la advertencia que, en mi opinión, tiene que derivarse de estas consideraciones: debemos acostumbrarnos a vivir la dimensión constitucional de la república proyectada por la previsión de los padres constituyentes más de 70 años atrás, ya que aquello fue el primer experimento en Italia de un organismo político auténticamente democrático, considerando no solo el pasado reciente la dictatura fascista pero sí uno más remoto: el del Estado burgués de cuño ilustrado, abstracta pero no concretamente democrático. El adjetivo *democrático* —de por sí ambiguo y susceptible de una multifacética utilización— no es que sea una apreciación en vano, porque —¡al fin!— se configuraba una realidad que reflejaba, sin reduccionismos, toda la complejidad del tejido social, sin marginaciones ni exclusiones.

---

[10] Fue en 1988, en la proximidad de los grandes festejos por el bicentenario del comienzo de la Revolución, cuando yo quise hacer escuchar mi voz, no como un acto de protagonismo, sino solo porque, en medio de los aplausos absolutamente unánimes, había también un signo de disonancia dirigido a puntualizar que, en el plano del derecho, no habían faltado redundancias igualmente negativas.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Si hacemos nuestra la advertencia arriba señalada, son dos las inevitables consecuencias. Es inadmisible una jerarquía de las fuentes del derecho, al menos con la rigidez con la cual hemos considerado que se debía actuar hasta ayer. Es, además, inadmisible una interpretación confinada y reducida en el angosto recinto de los "principios generales del ordenamiento jurídico del Estado", como reza el artículo 12 de las preleyes, última reliquia fascista en el código de 1942. A estas preleyes les hemos sustancial y válidamente modificado todo lo relativo a los principios disciplinantes del derecho internacional privado, pero ningún jurista se ha sentido disgustado con la expresión de aquel artículo 12, que, sin embargo, lo clavaba en una coartante cama de Procusto. ¡Pobre de mí! El vestido estrecho de la exégesis pasiva se adhería a una conciencia no solo vigilante, sino plagiada por la sutil propaganda (más de la plataforma mitológica) martilladora desde tiempos del iluminismo y, después, del jacobinismo del siglo XVIII.

Es necesario repensar en clave constitucional el sistema de las fuentes y devolver a la interpretación (doctrinal, notarial, forense, pero sobre todo judicial) aquel papel inventivo —sabemos en qué sentido— que la pone en el corazón del desarrollo del orden jurídico. Quizá tenemos necesidad de que el estudio histórico del derecho, para que refuerce un despertar cercano, dé una mano al replantear como verdadero modelo de renovación cultural la personalidad de un insigne jurista: Santi Romano. Una personalidad con muchos méritos, pero que, en su actividad juvenil de estudioso y docente de derecho constitucional,[11] nos ofrece dos perspectivas de verdad francas: 1) intolerante a las filosofías de tinte iusnaturalista, analiza críticamente las modernas "declaraciones de derechos" y 2) subraya su vicio común: un abstraccionismo que las reducía a —como él les llama— unos "decálogos", unos "catecismos". Sin soportar una mirada limitada a los cerrados confines del propio despacho y relegada a meditar solo en las páginas de libros y códigos, abre con placer las ventanas de su habitación

[11] He analizado recientemente esta primera prima fase del itinerario romano en Grossi (2017c).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

para mirar afuera, donde vive (se manifiesta y se transforma) una compleja realidad social y donde se forjan, en la experiencia cotidiana, en una particular conjunción, las piedras sepulcrales de un pasado marchito y las primeras piedras de la edificación del futuro.

Esto hace Romano en 1909, cuando a él, constitucionalista en la facultad pisana de jurisprudencia, le es asignada la honorable tarea de dar un discurso inaugural del año académico. Y lo hace escogiendo un tema/problema absolutamente insólito para un jurista, porque no entra en la esfera de sus técnicas esotéricas, es más decididamente atécnico e hirviente en "contaminaciones" sociopolíticas: "El Estado moderno y su crisis".[12] Aquí, lo que más nos interesa es el horizonte del estudioso predominantemente atraído por los pesados levantamientos sociales, por las coagulaciones en las cuales el magma social tendía entonces a articularse y a organizarse, y en las que —complicándose— se atenuaba la simplicidad artificiosa del paisaje político y jurídico querido por los iluministas para exorcizar eventuales levantamientos de cabeza del pequeño pueblo, del cuarto Estado, desde entonces y hasta ahora, silencioso y obediente.

Gracias a Santi Romano, observador atentísimo respecto de las revueltas en la sociedad, se tiene el primer diagnóstico de la crisis en acto que debilita al viejo Estado, agrietando sus cimientos y que lo condena a un final lento. El jurista, gracias a la atención acerca del fermento en las calles y en las plazas, había preparado los presupuestos para la redacción de aquel manifiesto de un derecho ahora posmoderno, siempre más lejano de las mitologías del siglo XVIII, que tomará la forma del exiguo libreto de 1918. Un ordenamiento exiguo por la cantidad de páginas, pero formidable en respuesta teórica; es decir, en teoría general del derecho que, recogiendo las intuiciones de nueve años atrás, diseña nuevas categorías ordenadoras del universo jurídico. En aquel año (1918), último de la enorme guerra mundial y quizá entre los últimos de una modernidad jurídica que lucha por

[12] Me permito de remitir a Grossi (2012).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

imponerse, se hace camino —en la sistematización pluriordenamental romana— un derecho más social, tendiente a expresar en su totalidad la complejidad del universo social.[13]

Del gran iuspublicista siciliano debemos retomar y hacer nuestro su espíritu de observación: su abrir las ventanas del despacho para liberarlo del hedor a rancio y para no privarse de un horizonte menos limitado. Constataremos también nosotros —como él en 1909— la transformación en acto de la dinámica del derecho, el moverse del eje, del orden jurídico general del legislador (entendido casi como Zeus en el Olimpo) a la interpretación, sobre todo de los jueces, porque es exactamente el juez el que es colocado en la trinchera de la experiencia delante de las partes, que exigen de él justicia. Ello con un agregado que considero históricamente necesario: hoy, entre los intérpretes más directamente comprometidos, no pensaría en excluir al notario. De hecho, hoy el estudio notarial aparece casi siempre como un taller laborioso, en el que un notario inventor da, en anticipación al legislador y sobre el científico, un primer diseño de institutos, desconocidos a los derechos oficiales, pero necesarios a las exigencias de la actual praxis económica. No solo se trata del habitual y citadísimo *Trust*, sino de distintos institutos en el campo del derecho familiar, de los derechos reales y de sucesión, en los que la práctica notarial ha percibido lo nuevo y ha comenzado a construir. Los convenios organizados recientemente en Florencia, en Boloña y en Roma por el presidente de la Fundación Italiana del Notariado, Massimo Palazzo, lo han demostrado eficazmente.[14]

No hemos vacilado y evadido una tarea de tanta relevancia. Sobre todo porque hoy disponemos de un apoyo metodológico extremadamente

---

13 Ya en una lección doctoral boloñesa de 2005 di a los juristas italianos este mensaje (Grossi 2008).

14 La referencia es a distintos eventos de gran relevancia científica: el congreso florentino del 8 de mayo de 2015 acerca de la contribución de la práctica notarial a la evolución de la disciplina de las situaciones reales (Fondazione Italiana del Notariato 2015, 1); el congreso boloñés respecto a contratos de convivencia, del 26 de noviembre de 2016, y aquel romano de contratos de fideicomiso fiduciario, del 3 de marzo de 2017 (Fondazione Italiana del Notariato 2017a), así como el congreso romano del 9 de noviembre de 2017 acerca de la "Crisis de la ley y producción privada del derecho" (Fondazione Italiana del Notariato 2018).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

refinado. Me refiero a aquella renovación en el estudio del fenómeno interpretativo, que estamos acostumbrados a llamar revolución hermenéutica. Tiene orígenes bastante remotos en el historicismo diltheyano, pero para nosotros juristas es una piedra angular, que ejerce una tangible influencia acerca de nuestra específica reflexión epistemológica, la obra de Hans Georg Gadamer, un filósofo que ha dedicado mucha atención al universo jurídico. Su sistematización fundamental *Wahrheit und Methode* de 1960, traducida en dos ocasiones al italiano,[15] pertenece al corpus de los monumentos del saber filosófico; en esta encontramos un capítulo central que se intitula "Significado ejemplar de la hermenéutica jurídica", que identifica, en nuestra peculiar experiencia de los juristas, una suerte de modelo ejemplar.

Y es Gadamer quien opera una agitación renovadora, de la cual a mí me apremia señalarles algunas conclusiones dignas de ser meditadas:

1) El texto no es una realidad autosuficiente.
2) La interpretación no es una acción pasiva meramente recognitiva, sino es comprensión y, por tanto, mediación entre el texto, inmóvil en su pasado próximo o remoto, y la actualidad del interprete.
3) La interpretación es una fase en el proceso de producción del derecho, que lo cumple y lo concluye, volviéndolo vivo con la inmersión en la concreción de la vida cotidiana.
4) El natural protagonismo del intérprete.

Respecto a los resultados expresados puntualmente por esta nueva brújula orientadora proporcionada al jurista por el filósofo —que no desprecia, sino, es más, estudia la jurisprudencia—, parece clara la índole meramente ideológica de la reducción del interprete a pasivo exégeta efectuada

[15] Se relaciona sobre todo a la excelente traducción de Vattimo (Gadamer 2000). N. del T. En español la primera traducción es de Ana Agud Aparicio y Rafael de Agapito, publicada en Salamanca por editorial Sígueme en 1977.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

por la clausura legolátrica de fines del siglo XVIII, con la completa negación de las elecciones del antiguo derecho romano, del *ius commune* medieval y del *common law*. A todas luces, fue una jugada estratégica de la modernidad burguesa, algo de lo que hicieron caso omiso la gran mayoría de juristas. Ahora, estamos en una era penetrada por la profunda creencia de las cualidades taumatúrgicas de la ley; esto es, que es capaz —como proclamaban las cartas de derechos de la Revolución francesa— de disponer solo lo bueno y prohibir solo lo malo,[16] pseudoverdad desmentida por tantas leyes inicuas, comenzando por aquellas vergonzosas y odiosas leyes de 1938 acerca de discriminaciones raciales. Junto a esa actitud se yuxtaponía otra en la misma dirección, que es una aquiescencia proverbial: la proverbial pereza cultural del jurista, muy feliz de la sopa de lentejas que el legalismo le concedía; es decir, de aquel procedimiento silogístico —del cual había insistido tanto iluminísticamente Cesar Beccaria a mitad del siglo XVIII—,[17] que hacía de él una especie de autómata con una voluntad comprendida en las tramas de una lógica meramente deductiva.

En aquel "enclavamiento moderno", el juez debía limitarse a adaptar el hecho a la norma. Hoy, con un trabajo exquisitamente valorativo, deben comprender el caso a resolver y adaptar la norma al hecho de vida, individuando la disciplina más adecuada. Hoy, su investigación se concreta en una invención, la cual no es un juego de lucidez deductiva, sino más bien cualidades de intuición y comprensión, todas marcadas por el plano axiológico.

Aún expresa bien el renovado papel del intérprete en el actual tiempo posmoderno aquel canon que llamamos comúnmente "interpretación conforme a la Constitución" y que encuentra su origen en una sentencia de la

---

16 Un ejemplo entre tantos que se podrían aducir: "la ley solo puede ordenar lo que es justo y útil a la sociedad; no puede defender lo que es dañino". Así se expresa optimistamente y con indiscutible certeza el Acta Constitucional del 24 de junio de 1793, artículo 4.

17 En su gran libro *De los delitos y las penas* (1764), el capítulo cuarto es dedicado a la "Interpretación de las leyes", en el que parece claro el proyecto beccariano en el tema de las fuentes del derecho y la reducción del trabajo del juez a un álgido argumentar rigorosamente deductivo.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Corte Constitucional de 1994, en la que era relator un magistrado de gran peso cultural, Renato Granata, que sería después un inolvidable presidente. Es conocido el debate que se dio acerca de este canon y que es —hasta ahora— muy acalorado entre partidarios y oponentes convencidos.[18] Creo que dicha apertura tiene que ver y está en perfecta coherencia con las exigencias actuales de mayores responsabilidades del intérprete y, sobre todo, del juez. Si es así, se debe recibir como un paso adelante en el itinerario del desarrollo actual del derecho en un país (como el nuestro) de *civil law*; un itinerario marcado, como decía más arriba, por un desplazamiento sostenido del eje portador del orden jurídico de la ley, del mandato, a los intérpretes. Así, el grupo de los protagonistas del juicio de constitucionalidad se amplía con un mayor involucramiento de los jueces del fuero común en el engranaje de la justicia constitucional, y una responsabilidad más grande recae en sus espaldas, consecuencia de la confianza que coloca en ellos la estructura social.

Una conclusión que se debe reiterar al final: es claro que el actuar del pluralismo jurídico significa vivir más plenamente la Constitución, mientras —como se ha dicho— se viola su mensaje perdurable si permanecemos en posiciones de rígido estatismo legalista.

En la lección inaugural de los cursos de formación de la Escuela Superior de la Magistratura, impartida en la sede de Scandicci el 7 de abril de 2017, hacía algunas preguntas que califiqué de *inquietantes* (Grossi 2017a, 125). Renuevo aquí dos que me parece necesario aclarar hasta llegar al fondo, para evitar equívocos y perplejidades.

La primera es concerniente al artículo 101, fracción 2, de la Constitución, que dice: “Los jueces son sujetos solamente a la ley”. Repetiré ahora todo lo que dicho (y, después, escrito):

[18] Hago una amplia referencia en Grossi (2017a, 128-9). Y acerca del tema en particular, véase Luciani (2016).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

> Yo lo leería así: la sujeción del juez solamente a la ley pretende salvaguardar su autonomía e independencia, no expresa una relación de tipo jerárquico. Y haría una ulterior consideración en espera de una confirmación a partir de dicha lectura: si la fórmula fuera literal, no podría ser compatible con el sistema de la justicia constitucional incidental (Grossi 2017a, 125).

La segunda concierne al principio de la llamada división de poderes, que a muchos puede parecer desfigurada a partir del papel activo de la *interpretatio*. El principio, como es bien conocido, encuentra su completa definición en el clima cultural de mitad del siglo XVIII, cuando el derecho —en evidente oposición al pluralismo posmedieval ahora analizado hasta el cansancio— se identificaba con la ley, en el mandato proveniente del supremo poder político; una ley que marcaba, desde los caracteres de la generalidad, abstracción y rigidez, cómo dependía únicamente del detentador de aquel poder supremo: el príncipe, el único considerado verdaderamente soberano. Bastante agua ha corrido bajo los puentes durante un lapso casi trisecular y es, sobre todo, cambiada a *fundamentis*, también en nuestra Italia, país de *civil law*, la visión del derecho, de su papel en la sociedad y de las relaciones entre la dimensión política, social y jurídica.

En todas las páginas precedentes se ha insistido acerca del evento "Constitución republicana" y no se ha exagerado al calificarlo como una revolución cultural para el derecho, con el paso —que aquel evento impone— de una visión/realización monística a una que, en cambio, es descaradamente pluralista. El pluralismo jurídico tiene un solo significado: pluralidad de fuentes e involucramiento plural en la invención del derecho, que no se recluye más en la voluntad del nomoteto, sino que se escribe en el sustrato de valor de la comunidad, en el que son llamados a encontrarlo, descifrarlo, registrarlo, tanto legisladores como jueces, doctrinarios y notarios, eso sin mencionar —incluso— a empresarios inmersos en la práctica económica global.

Del resto, se inserta perfectamente en esta nueva realidad constitucional el diseño de un supremo juez, un órgano de justicia, la Corte Constitucio-

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

nal, llamada a anular leyes del Parlamento consideradas inconstitucionales y a inventar derecho leyendo entre los principios, incluso inexpresados, de la dimensión constitucional. Una institución, la Consulta, que, justamente, pareció tan nueva y disruptiva, incluso subversiva, a los juristas constituyentes dotados aún con brújulas de manufactura iluminista. Y se entiende que fue un personaje de muchos talentos, pero también muy viejo, Vittorio Emanuele Orlando, protagonista de la renovación científica de fines del siglo XIX en Italia, pero ligado a la estructura dogmática del Estado de derecho, quien haya hecho de todo en la asamblea parlamentaria para que no se tuviera en el seno del ordenamiento de la neonata república a un extraño sujeto "hermafrodita" que negara el pilar esencial de una rígida división de poderes.[19]

Y aún a pesar de Orlando y todos los *laudatores temporis acti*, es esta la nueva realidad iniciada en 1948; es esta la que nosotros tenemos de frente y a la que debemos corresponder, sin dedicarnos a estériles momificaciones de un principio elevado a dogma durante la modernidad con el solo propósito de reservar al poder político el control de la producción jurídica, y es una realidad constitucionalmente coherente porque es expresiva (y no violadora) de la compleja dimensión constitucional que vivimos.

Me uno a un deseo: que ya no hablemos, como solemos hacer, de los jueces que crean la ley, despertando consternación y preocupaciones. Una visión más consciente, de la que también nosotros juristas de *civil law* somos portadores, es que ningún poder crea la ley, ni siquiera el legislador.

[19] A este punto en particular de Vittorio Emanuele Orlando se hace explicita referencia en Grossi (2017, 55).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

Fuentes consultadas

Bonesana, Cesare y Marchese Beccaria. 1764. *Of crimes and punishments*, trad. Edward D. Ingraham. Milán.

Borgna, Paolo y Cassano, Margherita. 1997. *Il giudice e il principe*. Roma: Donzelli.

Castronovo, Carlo. 2015. *L'eclissi del diritto civile*. Milano.

Corte Constitucional Italiana. 2013. Ordenanza número 248. Roma.

——. 2014. Ordenanza número 77. Roma.

Fondazione Italiana del Notariato. 2015. *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*.

——. 2017a. *Atti dei Convegni Bologna*, *26 novembre 2016*. Roma.

——. 2017b. "Contratti di convivenza e contratti di affidamento fiduciario quali espressioni di un diritto civile pos-moderno". *Quaderni della Fondazione Italiana del Notariato*.

——. 2018. *Biblioteca della Fondazione Italiana del Notariato*.

Gadamer, Hans-Georg. 2000. *Verità e método*. Milano.

—— y Günter Figal. 1960. *Wahrheit und methode*. Berlin: Akademie Verlag.

Grossi, Paolo. 2000. *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860/1950*. Milano.

——. 2008. Santi Romano: un messaggio da ripensare nella odierna crisi delle fonti. En vol. I de *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*. Milano.

——. 2012. Novecento giuridico: un secolo pos-moderno. En *Introduzione al Novecento giuridico*. Roma: Bari [publicado originalmente en 2010].

——. 2017a. La Costituzione italiana quale espressione di un tempo giuridico pos-moderno. En *L'invenzione del diritto*. Roma: Bari [publicado originalmente en 2013].

——. 2017b. "La Corte Costituzionale. Una valvola respiratoria per l'ordinamento giuridico italiano ('Conferenza istituzionale' realizada delante a las aulas de la Academia Nacional de los Linceos el 10 de febrero)" [video]. Disponible en https://www.youtube.com/watch?v=WnuUEPqOY1Y (consultada el 27 de agosto de 2021).

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/

Esta revista forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv http://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx

——. 2017c. "Il giovane Santi Romano: un itinerario verso 'L'ordinamento giuridico'". *Revista Internazionale di Filosofía del Diritto V* (octubre--diciembre).

——. 2018. "Sull'esperienza giuridica pos-moderna (riflessioni sull'odierno ruolo del notaio)". *Quaderni Fiorentini 47*.

——. 2019. "Pluralità delle fonti del diritto e attuazione della Costituzione". *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* 3: 763-77.

Luciani. 2016. Interpretazione conforme a Costituzione. En *Enc. dir. Annali*, t. IX. Milano.

Modugno, Franco. 1977. Il concetto di Costituzione. En vol. I de *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*. Milano.

Parlamento francés. 1793. Acta constitucional.

Parlamento Italiano. 1942. Código Civil.

——. 1947. Constitución Italiana.

——. 2017. Ley 168.

DR © 2021. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación
https://www.te.gob.mx/editorial/