

forum historiae iuris

Erste europäische Internetzeitschrift für Rechtsgeschichte

<http://www.forhistiur.de/>

Herausgegeben von:

Prof. Dr. Rainer Schröder (Berlin)
Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp (Köln)
Prof. Dr. Albrecht Cordes (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Mathias Schmoeckel (Bonn)
Prof. Dr. Andreas Thier (Zürich)
Prof. Dr. Franck Roumy (Paris)
Prof. Dr. Emanuele Conte (Rom)
Prof. Dr. Massimo Meccarelli (Macerata)
Prof. Dr. Michele Luminati (Rom)
Prof. Dr. Stefano Solimano (Milano)
Prof. Dr. Martin Josef Schermaier (Bonn)
Prof. Dr. Hans-Georg Hermann (München)
Prof. Dr. Thomas Duve (Frankfurt a. M.)
Prof. Dr. Manuel Martínez Neira (Madrid)
Prof. Dr. D. Fernando Martínez Pérez (Madrid)
Prof. Dr. Marju Luts-Sootak (Tartu)
Prof. Dr. Heikki Pihlajamäki (Helsinki)

Aufsatz vom 5. August 2014

© 2014 fhi

Erstveröffentlichung

Zitiervorschlag:

<http://www.forhistiur.de/2014-08-meccarelli/>

ISSN 1860-5605

Massimo Meccarelli

La protección jurídica como tutela de los derechos: reducciones modernas del problema de la dimensión jurídica de la justicia

1 Protección jurídica y derechos: una nueva etapa

El título que inicia estas páginas es en realidad el resultado de un cambio de planes. Es decir, ciertamente quiero hablar de la protección jurídica y protección de los derechos. Pero lo que me interesa es el problema del *dimensionamiento jurídico de la justicia*. Les propongo una disimulación discursiva, que por lo tanto, debo justificar ya desde ahora. 1

El problema que abordamos viene dado por los giros históricos que a partir del siglo XVI han producido estructuras e instrumentos jurídicos que han cambiado el cuadro de referencias para la reflexión jurídica. Ellas han marginalizado el problema del dimensionamiento jurídico de la justicia, hasta casi excluirlo de la plataforma de base de una reflexión teórica sobre el derecho. Para encontrar aquel nivel es necesario reconstruir los hilos de un proceso de remoción. El espacio de reflexión de este workshop brinda la oportunidad para una recuperación. 2

Por lo demás son las tendencias del estado jurídico actual en Europa, que me impulsan en esta dirección. La relación entre las necesidades (individuales y sociales) y la protección jurídica, en efecto, conocen hoy profundas transformaciones. Ellas afectan tanto su contenido como su forma, ya que el fenómeno de la reivindicación y del reconocimiento de nuevas protecciones, se manifiesta al mismo tiempo con un cambio de los instrumentos con el cual ellas vienen producidas. 3

No se trata de un fenómeno inédito, si observamos la dimensión histórica del problema. Se realiza en esencia un juego dialéctico circular, por el cual las dinámicas sociales de caracteres estructurales, en continua evolución, pragmáticamente exigen una continua revisión de los espacios y de los objetivos de la protección jurídica; al contrario, el derecho, para dar respuestas a la demanda de protección social, tiende a producir formas e instrumentos estables en el tiempo. 4

En la experiencia jurídica contemporánea la dinámica principal de estabilización de las formas de protección ha consistido en conseguir estadios de progresiva generalidad y abstracción. Se trata, como es notorio, del punto de llegada de un largo proceso, en el cual el derecho ha logrado obtener una moderna y propia autosuficiencia sobre el plano formal. 5

Esto ha sido posible por la combinación de tres factores: la progresiva separación entre dimensión política y jurídica, la reivindicación y el ejercicio de un monopolio de la política sobre la producción del derecho y la reducción del derecho dentro de un marco dogmático y formalista con la ayuda de la ciencia jurídica. 6

Se ha tratado de fundamentar y regular la relación entre *derechos* y *realidad* sobre el formato vinculado a la relación entre *derechos* e *individuo*. Aquí hablo de derechos, entendidos como espacio de protección jurídica individual en abstracto, pero anclados a una determinada perspectiva axiológica y 7

a una jerarquía de valores *elegidos* antes; e igualmente hablo de individuo como de un sujeto entendido en el sentido abstracto e indeterminado.

En conclusión, los derechos producen protección jurídica, atribuyendo un poder sobre la realidad a un sujeto abstractamente pensado con referencia a situaciones abstractamente representadas. Los derechos existen antes de que se manifieste la concreta necesidad de protección. **8**

Enfocado de este modo, el informe entre derecho y realidad se desarrolla según la *dinámica de la subsumción* por la cual es la forma (los derechos abstractamente previstos) a contener y a dar un contenido a la realidad (un contenido que es vinculado al horizonte axiológico *pre-seleccionado* con los derechos). **9**

La construcción puesta a punto en el siglo XIX, ha demostrado tener una buena resistencia en el tiempo. Es también verdad, sin embargo, que la historia reciente de los derechos ha estado caracterizada por pasajes que han sabido ponerla en debate. **10**

Si observamos el siglo XX en Europa, sobretodo después de la traumática experiencia de la segunda guerra mundial, con la instauración, por una parte de los sistemas democráticos en el ámbito estatal, y por el otro, de un nuevo orden jurídico internacional, esta relación se ha ido complicando. Paralelamente sobre el plano del pensamiento jurídico no están ausentes los desarrollos teóricos de corte antiformalista (Hespanha, 2013, p.425s; Grossi, 2000), que, en cierto modo, han buscado alterar el anclaje sustantivo de la realidad en el derecho. **11**

Sin embargo, pienso, teniendo en cuenta sobretodo la experiencia original de la Unión Europea, que son las transformaciones en curso más recientes que ofrecen un verdadero cambio de perspectiva: parecen haberse introducido *dinámicas de inversión* en la relación entre realidad y derechos, y luego entre instancias de protección y derechos. **12**

Se trata de una inversión en la cual la exigencia de protección jurídica se transforma en vector de la construcción de una forma de protección, o dicho en otras palabras, se trata de una dinámica en la cual la manifestación de necesidad de protección social incide sobre la forma que asume la protección jurídica. **13**

Pensemos, por ejemplo, en el problema de los derechos fundamentales y humanos. Sobre este terreno, justamente, se asiste hoy a una etapa de surgimiento o proliferación de nuevos derechos. Se habla en este sentido de proliferación y de fragmentación de los derechos. **14**

El proceso de surgimiento que los acompaña, sin embargo, no se basa en grandes decisiones políticas, sino que asume una capacidad normativa. **15**

En verdad, la base está constituida por las cartas constitucionales y por los—tratados internacionales como la Carta Europea de los Derechos Humanos, esto es, de productos normativos a partir de opciones políticas. Sin embargo, si analizamos el proceso en curso, estas normas positivas son sólo una premisa, no el instrumento. Ellos no se ocupan de la producción de los derechos, más bien *preveen un horizonte de posibilidades* para los derechos. **16**

Decisivos para la producción de los nuevos “derechos” son en realidad las dinámicas jurisprudenciales, que se fundan sobre una petición de justicia concretamente hecha. Ellas se desarrollan para dar realización (mas bien que aplicación) a las estipulaciones normativas de **17**

principios y valores fundamentales (Zagrebelsky, 1993, pp. 10-11). El momento productivo, sin embargo, si se mira con detalle, está en la *dialéctica jurisprudencial* entre jueces (ordinarios y constitucionales, nacionales y supranacionales, etc.) Una dialéctica que se desarrolla según una estructura variable, ya que estos tribunales no constituyen un orden en sentido propio; no están vinculados por una relación de jerarquía, sino de recíproco reconocimiento.

Esto produce un derecho jurisprudencial (Sotis, 2012; Keiser, 2013; Stolleis, 2011) que se desarrolla en condiciones de relativa autonomía (Meccarelli, 2011), respeto al poder político y en un horizonte de que no es más monístico (Ost/Van de Kerchove, 2002; Zagrebelsky, 2008; Grossi, 2008).

Volvamos al problema de la relación entre las cuestiones de la protección jurídica y los derechos. La novedad, entonces, no es tanto la proliferación de los derechos, la que a lo sumo es una tendencia originaria y de larga data. La verdadera novedad está en el hecho de que nos encontramos frente a una nueva generación de “derechos”, que presentan una *naturaleza distinta* respecto a aquellos anteriores. Están producidos según un proceso que pasa ante todo a través de la *actividad jurisdiccional*. La fuente es el derecho *jurisprudencial*. Aquí la protección jurídica no se obtiene por la atribución a un sujeto abstractamente pensado de una facultad sobre la realidad, en referencia a situaciones abstractamente identificadas. Al contrario, se reconoce un espacio de protección jurídica a partir de situaciones concretas, que reivindican justicia. La atribución de derechos aquí es el resultado de un proceso de dimensionamiento jurídico de la justicia.

El fenómeno es original, por lo tanto, requiere la búsqueda de nuevos conceptos.

2 Una opción: elaborar una historia de las dimensiones jurídicas de la justicia

La historia del derecho puede dar un aporte relevante a la comprensión de estos problemas. Ante todo porque está en condiciones de señalar perspectivas de diferentes significados, por las preguntas que nos hacemos sobre el derecho, además porque los resultados teóricos que esto permite conseguir son a la vez también datos de la experiencia.

Aquellos que podemos conocer la historia del derecho, manteniéndonos al reparo de los riesgos de perspectivas actualizantes (Cappellini, 2010, pp. 1-10), son por lo tanto conceptos y teorías con un fuerte grado de concretización.

Para nuestro tema en particular, es posible desarrollar una historia *de las dimensiones jurídicas de la justicia*, una historia, a saber que reconstruya los modos de relación entre dimensión jurídica y justicia como *dinámica de base* que genera el derecho en el tiempo.

Aquí intento referirme a ambas esferas semánticas que el término “justicia” encierra y que reconoce en dos aspectos de la relación entre necesidad y protección jurídica:

- Justicia como problema que interroga al derecho, que atribuye dialécticamente al derecho su sentido;
- Justicia como complejo de herramientas (normas, procedimientos, aparatos, dispositivos, poderes), para administrar el punto de equilibrio entre derecho y demanda de justicia.

La lengua alemana me habría ayudado en la ilustración de esta idea, porque pone a disposición dos palabras distintas para las dos esferas semánticas que nos interesan: *Gerechtigkeit* y *Justiz*. Nuestras lenguas neolatinas las resumen en una sola: *Justicia*. 25

Sin embargo, también esta semántica densa nos ayuda en nuestro discurso; con “Justicia” nosotros manejamos un concepto que se refiere a un área de tensión interna a la dimensión jurídica. Y es justamente este campo de tensión del que, en efecto, tenemos necesidad de redescubrir. 26

Pues bien, creo que la historia del derecho - que sabe mirar al fenómeno jurídico en una perspectiva no monodimensional - puede captar tal nivel de profundidad; puede captar el juego dialéctico que une las formas, la dinámica y el contenido del derecho. Nuestra historia del derecho puede bien desarrollarse como historia de las dimensiones jurídicas (y al mismo tiempo del dimensionamiento jurídico) de la justicia. 27

Observemos nuestro tema. Probemos aplicar este ángulo crítico; este nos permite situar dentro del contexto histórico la idea moderna de la protección jurídica como resultado de *una atribución / un ejercicio de un derecho* (es decir, de un poder subjetivo sobre la realidad). Podemos decir que en el horizonte de las estructuras estatales del molde del siglo XIX, que más que otros han tratado de producir protecciones dando derechos, la justicia entendida como *Justiz* no tenía el deber de dimensionar jurídicamente la justicia como *Gerechtigkeit*. Esta tarea, en efecto, venía desarrollado del legislador en el momento en el cual había producido los derechos. 28

La invención de los derechos como instrumentos para producir protecciones jurídicas, el hecho de concebir los derechos como expresiones de un *proprium* individual que compromete la realidad, tenía como consecuencia reducir el problema del dimensionamiento jurídico de la justicia en el momento político de la gestación del derecho. Esto tenía como consecuencia aquello de “removerlo” del ámbito jurídico. 29

Podemos, por lo tanto, releer la historia de los derechos desde esta perspectiva reconstruyendo los modos con los cuales se ha realizado tal *reducción moderna* del problema del dimensionamiento jurídico de la justicia. 30

Se trata de elaborar una historia de los *vínculos de subsistencia teórica de los derechos*, sus límites originarios, en lugar de una historia de su progresiva aparición. 31

Tal proceso de emancipación del derecho del problema del dimensionamiento jurídico de la justicia ha seguido múltiples caminos. Aquí quisiera dar solo dos ejemplos. 32

El primero lo desarrollo desde el ámbito de importancia de las prácticas de represalia; un área que el derecho moderno ha alejado del mundo de los derechos y de las protecciones jurídicas o ha sublimado en figuras dogmáticas aceptadas como la responsabilidad, la indemnización y la legítima defensa. 33

Ahora, encuadrada en perspectiva histórico-jurídica, la figura de la *repraesalia*, entre el final del medievo y el inicio de la edad moderna, nos muestra la *distorsión* de un problema de *iustitia denegata* en un problema de *ius denegatum*. 34

El otro ejemplo es el *ius peregrinandi*. Se trata aquí de ver el ámbito del derecho en movimiento, un ámbito que ha sido esencial para la modernización del derecho. En ello podemos observar el problema de la protección jurídica diseñado *ex novo* en la perspectiva de los derechos. 35

3 *De repraesaliis*: dos grandes aproximaciones al problema entre la edad medieval y contemporánea

3.1 *El enfoque medieval según el paradigma “justicia”*

Concentrémonos en el problema de la represalia, es decir de la legítima sustracción de bienes o personas de otros, obtenida por la fuerza, con el propósito reivindicatorio de un mal sufrido y para obtener una correspondiente compensación. 36

En la justicia medieval las prácticas vengativas operaban como factores ordenantes respecto al problema del uso legítimo de la violencia, pero también de la gestión de la justicia pública en la resolución de los conflictos. Someter la venganza a una regulación comunitaria, en efecto, en una sociedad corporativa, significa garantizar la paz interna y por lo tanto la conservación del bien común. Por otra parte, el orden judicial medieval aparece globalmente pensado para enfatizar a la dimensión comunitaria de la ofensa (Meccarelli, 2013, pp. 49-67). 37

De tal horizonte antropológico y sociológico es sólo a la luz de una dinámica de recomposición del orden justo, que se puede pensar la represalia en términos jurídicos. 38

Basta leer el *Tractatus de repraesaliis* de Bartolo da Sassoferrato¹, que constituye un lugar de síntesis precioso para comprender la concepción jurídica de la represalia en el medievo. 39

La represalia para Bartolo es un instrumento en el que los sujetos políticos (*universitates e dominiis*) recurren contra una injusticia, que no puede ser contrastada de otra manera (*propter quod de iniustitiis ad superiorem non potest haberi regressus*). Una autoridad superior a las partes implicadas debe legitimarla sobre la base de una justa causa. 40

El elemento calificante y legitimante de la acción de represalia consiste en el hecho de ser una respuesta a una situación de injusticia; este es un instrumento que impide una *den egata i usticia*. 41

En el mundo de la baja edad media el conflicto es una amenaza al *orden* (objetivamente entendido), esto es a un *bien común* (Schiera, 2006; Lecuppre-Desjardin / Van Bruaene, 2010; Cappellini, 2010; Finnis, 2011) indispensable y esencial para el mantenimiento de la convivencia en una “sociedad de sociedades” (Grossi; 2006, pp. 75-95; Hespanha, 2013, pp. 91s). En efecto, la represalia, también cuando es ejercitada para resolver problemas que a nosotros nos parecen ser de naturaleza privada (como por ejemplo la insolvencia de un deudor), asume siempre una importancia pública. 42

La represalia no se diferencia, en efecto, desde el punto de vista cualitativo de los otros instrumentos *del facere iustitiam* (Vallerani, 205; Chifoleau / Gauvard / Zorzi, 2007). Sirve a una gestión controlada del conflicto, como la *transactio in criminalibus*, la *cautio de non offendendo*, etc. La 43

¹ Bartolo da Sassoferrato, *Tractatus de repraesaliis*, in Bartoli interpretum iuris civilis coryphaei, in *Institutiones et Authenticas, Commentaria, eiusdem Tractatus*, Basileae, 1562.

represalia, además de corresponder a las mismas instancias comunitarias que justifican aquellas figuras, no parece hacer referencia – y este es el punto que más nos interesa – a un diferente circuito de desarrollo de soluciones de los conflictos, respecto a la función judicial.

3.2 Redefiniciones modernas de la represalia

El cuadro cambia en la edad moderna con el desarrollo de otras líneas de pensamiento como aquella del iusnaturalismo. Aquí la represalia comienza a proponerse como prerrogativa de un sujeto político estatal en el marco de una regulación de las relaciones entre los Estados a través del *ius belli*. La dinámica de reparación, de la cual se hace cargo la represalia, resulta *subjetivizada*: no consiste tanto en la reparación del orden justo, sino en la reparación *de un derecho negado*. 44

Se implementa, vale decir, una distinción entre los instrumentos de solución del conflicto (las reglas del *ius belli*, la represalia, etc.) y la razón del conflicto (el derecho negado). La protección jurídica en tal construcción se debe atribuir a la titularidad del derecho negado, no del procedimiento que lo restaura. Esto último no es constitutivo de la protección aun cuando favorece su fruición. 45

Esto corresponde a un cambio de contextos y de supuestos sistemáticos y políticos en los cuales se viene a introducir la práctica de la venganza. 46

Por lo que concierne a los supuestos sistemáticos, asistimos a la acentuación de la *premisa iusnaturalista* (y estatal, que presupone una comunidad de individuos unidos por un contrato social abstractamente pensado, y no más cuerpos sociales dentro de un marco constitucional material efectivamente detectable) como fundamento del orden jurídico, en detrimento de la premisa típica de las creaciones del *ius commune*. 47

Por lo que concierne a los supuestos políticos, se percibe que la represalia aparece siempre más referida a la *regulación de relaciones exteriores* a “inter polulos diversos” en el marco de un nuevo equilibrio geopolítico, mas allá de Respublica Christiana. 48

Se trata de un recorrido de larga data, donde la emancipación de las construcciones medievales es lenta, aunque progresiva y, sobre todo, existen modos diversos de justificarlo y construirlo. 49

Me limito aquí a considerar en la temprana edad moderna, el punto de vista de Ugo Grocio². El jurista holandés, en efecto, dedica algunas significativas páginas al tema de la *repraesalia* en su tratado *De iure belli*. 50

El fundamento, como en la óptica medieval, es identificado en el *ius gentium* y los planos público y privado quedan borrosos. Sin embargo, la construcción es sensiblemente diversa: según Grocio, el principio que el *ius gentium* identifica refiere al hecho de que los socios están sujetos a un organismo político; siendo socios responden también por los débitos de la sociedad. 51

El punto de vista aquí es típicamente iusnaturalista. Bajo estudio está, en efecto, el *reddere ius* entendido como una tarea de reconocer y garantizar un derecho de otros, fuente de obligaciones para una comunidad política, que les responde *in solidum* con todos sus miembros. Se trata en cierto 52

² H. Grotius, *De iure belli ac pacis*, Moeno-Francofurti, 1626.

sentido de garantizar una *obligatio communis* de un *mutuo ius*, más que de asegurar una efectividad al *facere justitiam*.

Para Grocio, el problema que justifica la actividad de represalia (*la prehensio hominum vel rerum*) no es tanto constituido, desde el punto de vista medieval, de la *ini iustitia*³, cuanto más del *denegatum ius*. El problema no es salvaguardar el orden, el problema es corresponder con la obligación de respetar de la esfera de los derechos de los otros (Costa, 1999, pp. 146-152). 53

Es oportuno reflexionar sobre esta desviación semántica del campo de la *i iusticia* al del *ius*. 54

Se podría objetar que aquí este *ius* es entendido incluso como *iustum*, pero en Grocio solo vale decir que no es injusto; indicar *ius* significa hacer una referencia a (una idea de lo justo entendido como abstención de la esfera jurídica de los otros, hace referencia a un no hacer, más que a una acción; y esto “descarta no la objetividad de la norma, sino la posición del sujeto frente a la norma” (Costa, 1999, pp. 148). En este marco, la actividad judicial garantiza la protección jurídica solamente en clave instrumental, no constitutiva. 55

Otro aspecto sobre el cual vale la pena detenerse es el modo con el cual Grocio construye el vínculo que recae sobre la víctima de la represalia. Ella es sometida como *subditus*, esto es en una condición de sujeción (*ut in servitute*) en la comunidad política a la cual pertenece. 56

El vínculo social de pertenencia ya aquí no es más comunitario. La verticalidad que lo caracteriza parece presuponer la idea de un sujeto político unitario, el Estado, como fuente de obligaciones para los individuos componentes de la sociedad (Costa, 1999, pp. 153-160). Las estructuras de grupo internas al orden jurídico y político medieval pierden importancia. Al lado a los derechos abstractamente previstos antes aparece el individuo abstractamente pensado como *socius*. 57

4 *Ius peregrinandi*

4.1 *El problema de la protección de los derechos en el pactum societatis entendido como pactum subjectionis*

Ocupémonos ahora brevemente del segundo ejemplo. Aquel del *ius peregrinandi*. Aquí para los juristas de la edad moderna se trata de trabajar en el nuevo ámbito de las protecciones jurídicas, aquellas de los derechos individuales. 58

¿Qué tipo de relación nos es dada entre esta actividad de construcción conceptual y el problema del dimensionamiento jurídico de la justicia? 59

Una primera respuesta consiste en observar que aquí el punto relevante no ha sido, como para la represalia, la sustracción de una figura jurídica del ámbito de la justicia, sino la de construir figuras jurídicas nuevas, liberadas del problema del dimensionamiento jurídico de la justicia. 60

Volvemos por un momento al punto de *socius* de Grocio, indicado como *subditus*: eso nos hace entrever un protagonista importante de la historia de la emancipación de la protección jurídica de la justicia: el Estado soberano. Si nuestro objetivo es elaborar una historia de los límites originarios 61

³ H. Grotius, De iure belli, cit., lib. III, caput II, n. III in fine.

de los derechos, más que de su aparición, no dudamos de que es precisamente sobre los caracteres de la soberanía, que debemos enfocarnos.

Las teorías, que en la edad moderna la introducen, explican el proceso de la fundación de la sociedad civil y política *abstrayéndolo* en el pasaje del Estado de naturaleza al contrato social; no importa aquí si es un resultado del *appetitus societatis* (Grocio) o una vía de salida de la condición de *bellum omnium contra omnes* (Hobbes); aquí importa observar que la construcción que permite identificar derechos y formas de protección, se apoya sobre una *plataforma abstracta e sin historia*.

Tal formulación del problema es fecunda en consecuencias, me detengo en dos de ellas.

En primer lugar pone el individuo, independientemente de su posición en el contexto de las agregaciones sociales, como protagonista del problema de los derechos y del poder. Es esta premisa argumentativa que transforma el problema de la *protección jurídica de la persona* en un problema de *protección de los derechos del individuo*.

Además tales teorías tienden a construir el problema de la protección de los derechos como un problema de *exclusiva competencia estatal*. En efecto, el *pactum societatis* de los individuos es construido como *pactum subjectionis*. El nacimiento de la sociedad civil y del sujeto jurídico individual coincide con el sometimiento completo de la persona al poder estatal: el carácter absoluto de este poder (un poder soberano justamente) es una condición previa para conseguir la protección jurídica en la forma de protección de derechos individuales.

La protección de los derechos es, por lo tanto, ante todo un problema de soberanía del Estado o, por decirlo con otras palabras, la presencia de la soberanía de un Estado es la premisa indispensable para imaginar la posibilidad de proteger derechos (Fioravanti, 1998). También donde se sostiene que los derechos naturales preexisten a la soberanía, su protección se torna posible solo a condición de que haya un *pactum societatis*, capaz de someter a los individuos al poder del Estado.

Las doctrinas experimentadas por la Revolución francesa, sobre todo aquellas atribuibles a Rousseau, han perfeccionado este modelo de producción de protecciones jurídicas (Fioravanti, 1998, pp. 51-56; Id., 2009, pp. 20-24). Pienso, sobre todo, de la dislocación subjetiva de la soberanía del monarca absoluto al pueblo soberano: esto ha puesto las condiciones para imaginar un proceso dinámico de protección de los derechos, que se basa sobre la así *positivación de los derechos naturales*, es decir su reconocimiento por parte de la voluntad popular, entendida tanto como poder constituyente tanto como poder constituido (el legislador).

Luego de la reducción del problema de la protección jurídica a un problema de protección de los derechos, después de su soldadura con el poder soberano del Estado, el anclaje al pueblo soberano ha definitivamente esclarecido que la indisponibilidad de los derechos, es esencialmente un problema de opciones políticas, no un hecho de justicia.

4.2 *Ius peregrinandi e ius communicationis; una construcción en terreno de la justicia.*

Son apuntamientos rápidos los míos, porque quiero pasar a ilustrar aquel ejemplo concreto del *ius migrandi* como un derecho de ascendencia iusnaturalista (Tießler-Marenda, 2002; Brett, 2011), que se ha hecho conocido a través de la argumentación que he tratado de describir. 69

La libertad de movimiento aun hoy, en un mundo caracterizado por movimientos migratorios masivos, resulta objeto de comprensión, también en los Estados que reconocen en esta libertad un derecho fundamental; sobre esta materia son evidentes los grados de relatividad si no incluso de exclusión de la protección jurídica (Meccarelli / Palchetti / Sotis, 2012). Se trata de un dato original que deriva justo del nexo inseparable con la soberanía de los Estados, que hemos descrito. 70

Sin embargo, si analizamos más desde el interior el debate sobre el *ius migrandi* en la edad moderna, en la etapa fundacional de los derechos, podemos encontrar ejemplos de una declinación del principio de libertad de movimiento en un espacio constitucional diferente, construido sin el recurso de la abstracción del *pactum societatis* como *pactum subjectionis*. 71

Aquí surge una posible respuesta diferente a la pregunta que nos habíamos puesto acerca de la relación entre la configuración conceptual de los derechos y el problema del dimensionamiento jurídico de la justicia. 72

Probemos releer *ius peregrinandi* en su sentido original. Su elaboración conceptual en la historia del pensamiento jurídico ha encontrado un campo de desenvolvimiento relevante en las teorías de la segunda escolástica española, en relación a un proyecto de orden jurídico universal. Pienso en particular en figuras como Francisco De Vitoria, Domingo De Soto, José De Acosta y Bartolomé de las Casas⁴. 73

En la declinación por ellos propuesta del *ius peregrinandi* no aparece un adelanto del derecho a emigrar, así como lo hemos descrito anteriormente, es decir el derecho a la circulación en el marco de un orden internacional conformado de Estados soberanos. 74

Éste no nace del *pactum societatis* pero se funda sobre el supuesto, que el peregrinar es una inclinación natural del hombre, un derecho natural, que descansa sobre otro derecho fundamental: el *ius communicationis*. 75

¿De qué cosa se trata? De un derecho del hombre a relacionarse y a construir relaciones sociales, económicas, jurídicas y políticas. Con el *ius communicationis* (Panebianco, 2005; Scuccimarra, 2006; Tosi, 2007; Lacche, 2009) se afirma la importancia jurídica de una instancia relacional del hombre, que autoriza e impulsa individuos y poblaciones, también de mundos diferentes, a entrar en comunicación, promoviendo las convenientes y posibles dinámicas de integración (económicas, 76

⁴ A propósito, particularmente sobre Francisco De Vitoria, *Relectio de indis* (1538), edición crítica, Madrid 1967; Bartolomé de Las Casas, *Tractado comprobatorio del imperio soberano y principado universal que los Reyes de Castilla y Leon tienen sobre las indias*, 1552, ed. anastática en *Tratados de Fray Bartolomé de Las Casas*, México, Fondo de cultura económica 1997, vol. II; Domingo De Soto, *Tractatus de iustitia et iure*, Lugduni, 1582; Id., *In causa pauperum deliberatio*, Salmanticae, 1545; José De Acosta, *De natura novi orbis libri duo et De promulgatione evangeli apud Barbaros sive De procuranda indorum salute*, Libri Sex, Colonia Agrippinae, 1596, (Cap. XIII, lib. II, p. 232-235); Luis de Molina, *Tractatus de iustitia et iure*, Moguntiae 1614, *Tractatus II* (disp. 98 e 105).

sociales, políticas). El *ius communicationis* es un instrumento a través del cual los hombres dan forma en el tiempo a las sociedades en las que viven. La libertad de circulación aquí se encuentra en la base del momento constitutivo de las sociedades políticas. Indica una sociabilidad natural que se expresa en los hechos históricos, y no tiene necesidad de ser reconocida por un poder soberano para ser un derecho.

Hay una considerable diferencia con respecto a las teorías contractualistas que hemos visto antes: ellas extraen derechos abstrayendo el problema de la protección jurídica, poniendo fuera de los procesos históricos el momento de la constitución de la comunidad social y política. 77

En la concepción tardía-escolástica no falta seguro la opción para una base iusnaturalista (o teológica) (Nuzzo, 2004; Cassi, 2005; Langella, 2009) del derecho de circular libremente (respecto al cual se refiere por ejemplo el principio evangélico “*omnia sunt communia*”); sin embargo aquí el *ius communicationis* es considerado como un principio encarnado en la historia, que opera de continuo en los ordenamientos sociales históricamente existentes, contribuyendo a modificar su estructura. 78

El *Ius communicationis* y luego el *ius peregrinandi*, constituyen en este sentido, la causa eficiente, la premisa histórica-efectiva (y no solo lógico-abstracto) de la razón de ser de los ordenamientos sociales y políticos. 79

Interroguémonos brevemente sobre el sentido de esta teoría. Podemos quizás en una primera mirada reconocer una relación directa con la política de la Conquista del Nuevo Mundo. Queriendo desarrollar una evaluación más cercana, debemos constatar que para Vitoria y los otros escolásticos se trataba ciertamente de obtener el resultado de la inclusión del Nuevo Mundo en el orden jurídico y político europeo, pero era un proyecto sensiblemente diferente de aquel que se venía realizando con la Conquista. 80

Además no debemos tampoco olvidar, que doctrinas sobre el *ius peregrinandi*, en los términos que he indicado, ya había argumentado De Soto para defender el derecho de los mendigos de moverse libremente en los diversos territorios de Europa (Brett, 2011), por lo tanto en un contexto que no está ligado al proyecto hegemónico de las potencias económicas europeas sobre el Nuevo Mundo. 81

Más que de la valoración de orden político, para estos teólogos es antes que nada la idea de un cierto orden jurídico *justo*, en el cual universales y particulares conviven, que justifica dispositivos como el *ius peregrinandi* o *ius communicationis*. El ejercicio de estas libertades, el reconocimiento de estos derechos corresponde a la realización de la justicia. 82

Aquí es todavía la justicia – o mejor, el problema de su dimensionamiento jurídico – la causa eficiente de los derechos. Se opta modernamente por poner en premisa los fundamentos iusnaturalistas, sin embargo el anclaje al paradigma de la justicia es aun necesario para estos teólogos. Existen razones de orden constitucional ligadas a su idea de un orden geopolítico todavía universal. Quieren extender la *Respublica Christiana* al Nuevo Mundo y defenderla de la amenaza de la disgregación en Europa a causa de la reforma protestante. Por esto no adoptan la perspectiva de Estado soberano sino tienen necesidad de conservar la plataforma constitucional tardomedieval de las redes jurisdiccionales. 83

Es *iurisdicito* y no soberanía su principio guía para concebir la base constitucional de los ordenamientos políticos (Meccarelli, 2009). Con *iurisdicito* el poder político mantiene el formato de un poder que se desarrolla en el marco de un paradigma de la justicia (es actividad del *ius dicere* mas bien que de *condere legem*) (Vallejo, 1992, pp. 35-259; Garriga, 2010, pp. 59-65; Costa, 2002; Id., 1999; Mannori/Sordi, 2001, pp. 17-51). 84

Para sintetizar y volver a nuestro tema: en la segunda escolástica se abarca la protección jurídica construida a través de una atribución de derechos a sujetos, pero aun en el cuadro de un proceso de aplicación al *orden justo*. 85

5 Conclusiones

Nos hemos planteado una pregunta sobre la fenomenología de la relación entre instancias de protección y protección jurídica; en particular nos hemos preguntado qué respuesta histórica jurídica se puede dar. Aunque sobre la base de dos limitados ejemplos, me parece que el punto de vista de una historia de las dimensiones jurídicas de la justicia ofrece materiales útiles en este sentido. 86

Ella indica ante todo un cambio *de configuración* decisivo, el que introduce la protección jurídica como protección de los derechos y la considera observando a sus *límites*, más que a su *performace*. 87

Tal perspectiva además evidencia algunos *elementos de complejidad*, que resultan útiles si, como en este caso, el punto es explorar los horizontes de posibilidad de la relación entre necesidades y protección jurídica. 88

Los ejemplos provistos han evidenciado diversos procesos de emancipación de la protección jurídica del problema de la dimensión jurídica de la justicia: sustracción de figuras del *facere iustitiam* y su reconfiguración; superación del paradigma de la justicia a través del voluntarismo de la soberanía del Estado; temperamento del paradigma judicial, poniendo en la premisa fundamentos iusnaturalistas o teológicos. 89

Los elementos de complejidad no son relevantes solo al proceso de puesta en obra de la protección de los derechos. Se ha visto, en efecto, aunque muy fugazmente, que nuestro problema evidencia también los nexos con otras importantes transformaciones que afectan el orden jurídico: por ejemplo las diferencias entre dimensión del derecho privado y el derecho público, estatal e internacional, las configuraciones constitucionales internas en los Estados modernos, aquellos relativos a las fuentes del derecho, etc. Grandes problemas que se entrelazan con aquellos de la protección de los derechos, en una proyección cronológica de largo tiempo, hasta arribar al escenario actual. Perfiles de complejización del problema que merecen de ser considerados. 90

En la fase actual de la experiencia jurídica, por lo demás, creo que la historia del derecho, por mantener su función de saber crítico (Stolleis, 2010; Grossi, 2005, 2006; Fonseca, 2009), debe sentirse capaz de desarrollar perspectivas hermenéuticas nuevas (Duve, 2012, 2013), para que sepamos considerar heurísticamente *el factor "complejidad"*, para la comprensión específica de los temas histórico-jurídicos. 91

Queriendo proseguir en esta línea, podemos agregar que nuestro tema nos interroga también acerca del cuadro de interacción interdisciplinar en el cual se coloca la historia del derecho. 92

Aquí pienso al relieve que pueden tener las ciencias sociales (como la sociología, la economía, la antropología, la historia), así como las ciencias filosóficas y literarias. Por ejemplo, del lado no jurídico se pueden identificar terrenos de investigación, no directamente unidos al tema de los derechos, pero que también pueden evidenciar: los procesos sociales y económicos de emergencia de demandas de protección jurídica y de justicia; la epistemología idónea para descifrarlas (tomando, por ejemplo, a las reflexiones sobre la hermenéutica); los campos semánticos que se proponen como lugares de recepción de tales exigencias reivindicativas (pensemos en la relación entre derecho y literatura), el punto de diferenciación entre formas de protección socialmente significativas y aquellas específicamente jurídicas (pensemos por ejemplo en la compleja interrelación entre *global ethics* y derechos fundamentales); los instrumentos de vehiculación de tales procesos; las (nuevas) subjetividades que tales exigencias manifiestan; etc. 93

Por cierto se trata de repensar la constelación de los conocimientos de orientación para la historia del derecho, pero esto, pensándolo bien, es propiamente el elemento distintivo, el punto de fuerza de una disciplina que se funda sobre una premisa epistemológica necesariamente abierta. 94

Así mismo para esta tarea, el tema de las dimensiones de la protección jurídica, estudiado a través de la polaridad “derechos-justicia”, me parece que constituye un objeto idóneo. 95

Referencias bibliográficas

- BRETT A.S., *Il territorio e Io ius peregrinandi: la In causa pauperum deliberatio di Domingo De Soto*, in Ferronato M., Bianchini L. (a cura di), *Silete theologi in munere alieno. Alberico Gentili e la Seconda Scolastica*, Padova, CEDAM, 2011;
- BRETT A.S., *Changes of State. Nature and the Limits of the City in Early-Modern Natural Law*, Princeton, Princeton University Press, 2011;
- CAPPELLINI P., *Storie di concetti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2010;
- CASSI A.A., *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della conquista (1492-1680)*, Milano, Giuffrè, 2004;
- CHIFFOLEAU J., Gauvard C., Zorzi A., (dir.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma, Ecole française de Rome, 2007;
- COSTA P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella giuspubblicistica medievale*, Milano, Giuffrè, (1969) 2002;
- COSTA P., *Civitas. Storia della cittadinanza in Europa*, Roma Bari, Laterza 1999-2001, voll. 4;
- DUVE TH., *Von der Europäischen Rechtsgeschichte zu einer Rechtsgeschichte Europas in globalhistorischer Perspektive*, in *Rechtsgeschichte*, 20, 2012;

- DUVE TH., Die Justiz vor den Herausforderungen der kulturellen Diversität – rechtshistorische Annäherungen. Einführung in die Ringvorlesung des LOEWE-Schwerpunkts "Außergerichtliche und gerichtliche Konfliktlösung" WS 2013/2014, FB 01 Rechtswissenschaft der Goethe-Universität, 7, 2013 (<http://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/frontdoor/index/index/docId/29166>);
- FINNIS J., Human rights and common good, Oxford ; New York : Oxford University Press, 2011;
- FIORAVANTI M., Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali, Roma-Bari, Laterza, 2009;
- FIORAVANTI M., Costituzione e popolo sovrano, Bologna, il Mulino, 1998;
- FONSECA R.M., Introdução teórica à história do direito, Curitiba, Juruá, 2009;
- GARIGA C., Continuidad y cambio del orden juridico, in GARRIGA C. (Coord.), Historia y Constitución. Trayectos del constitucionalismo hispano, Mexico, Instituto de investigaciones Mora, 2010, pp. 59-106
- GROSSI P., Mitologie giuridiche della modernità, Milano, Giuffrè, 2005;
- GROSSI P., Società, diritto, Stato. Un recupero per il diritto, Milano, Giuffrè, 2006;
- GROSSI P., Scienza giuridica italiana. Un profilo storico, Milano, Giuffrè, 2000;
- GROSSI P., L'Europa del diritto. Uno storico del diritto in colloquio con gli storici del pensiero economico, in Il pensiero economico italiano, XVI, 2008, pp. 9-23;
- HESPANHA A.H., Cultura Juridica Europeia. Síntese de um Milénio, Coimbra, Almedina, 2013;
- KEISER TH., Grundrechte als Schranken der Vertragsfreiheit in europäischen Privatrechtssystemen, in KritV, 2, 2013, pp. 83-101;
- LACCHÈ L. (a cura di), Ius gentium, ius communicationis, ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità, Milano, Giuffrè, 2009;
- LANGELLA S., Le fonti teologiche della dottrina del de bello in Francisco de Vitoria tra medioevo ed età moderna, in CASSI A.A. (a cura di), Guerra e diritto. Il problema della guerra nell'esperienza giuridica occidentale tra medioevo ed età moderna, Soveria Mannelli, Rubettino, 2009, pp. 25-37;
- LECUPPRE-DESJARDIN, E., VAN BRUAENE, A.-L. (Eds.), De Bono Communi. The Discourse and Practice of the Common Good in the European City (13th-16th c.), Turnhout, Brepols, 2010;
- MANNORI L., SORDI B., Storia del diritto amministrativo, Bari-Roma, Laterza, 2001;
- MECCARELLI M., La nuova dimensione geopolitica e gli strumenti giuridici della tradizione: approcci al tema del ius belli e del ius communicationis nella seconda scolastica, in LACCHÈ L. (a cura di), Ius gentium, ius communicationis, ius belli. Alberico Gentili e gli orizzonti della modernità, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 52-72;

- MECCARELLI M., Diritto giurisprudenziale e autonomia del diritto nelle strategie discorsive della scienza giuridica tra Otto e Novecento, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 40, 2011, pp. 721-745;
- MECCARELLI M., Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity, in MARTYN G., et Alii (Eds.) *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, Duncker & Humblot, 2013, pp. 49-67;
- MECCARELLI M., PALCHETTI P., SOTIS C. (a cura di), *Ius peregrinandi. Il fenomeno migratorio tra diritti fondamentali, esercizio della sovranità e dinamiche di esclusione*, Macerata, EUM, 2012;
- NUZZO L., *Il linguaggio giuridico della conquista. Strategie di controllo delle indie spagnole*, Napoli, Novene, 2004;
- OST F., VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002;
- PANEBIANCO M., *Ius communicationis totius orbis: il riproporsi dello ius gentium fra continuità e novità*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 19-20, 2005, pp. 403-429;
- SCHIERA P., *Il Buongoverno "melancolico" di Ambrogio Lorenzetti e la "costituzionale faziosità" della città*, in: *Scienza e politica. Per una storia delle dottrine politiche*, 34, 2006, pp. 93- 108
- SCUCCIMARRA L., *I confini del mondo: storia del cosmopolitismo dall'antichità al Settecento*, Bologna, il Mulino, 2006;
- SOTIS C., *Le „regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, Aracne, 2012;
- STOLLEIS M., *Zur kritischen Funktion der Rechtsgeschichte*, in *Humboldt Forum Recht*, 5, 2012;
- STOLLEIS M., Hg., *Herzkammer der Republik. Die deutschen und das Bundesverfassungsgericht*, München, Beck, 2011;
- TISSLER-MARENDA E., *Einwanderung und Asyl bei Hugo Grotius*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002;
- TOSI G., *La guerra giusta nel dibattito sulla Conquista dell'America*, in CASSI A.A. , SCIUMÈ A. (a cura di), *Dalla civitas maxima al totus orbis. Diritto comune europeo e ordo iuris gobale tra età moderna e contemporanea*, Milano, Giuffrè, 2007;
- VALLEJO J., *Ruda equidad, ley consumada. Concepcion de la potestad normativa (1250-1350)*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992;
- VALLERANI M., *La giustizia pubblica medievale*, Bologna, il Mulino, 2005;
- ZAGREBELSKY G., *Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia*, Torino, Einaudi, 1993;
- ZAGREBELSKY G., *La legge e la sua giustizia*, Bologna, il Mulino, 2008;