

El itinerario metodológico de Luigi Mengoni

Por LUCA NOGLER*
Università di Trento

SUMARIO: 1. PREFACIO: LUIGI MENGONI EN LA ESTELA DE LA REHABILITACIÓN DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA.-2. LA RACIONALIDAD DE LA ACCIÓN PRÁCTICA.-3. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA *AUCTORITAS*.-4. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA *VERITAS*.

1. PREFACIO: LUIGI MENGONI EN LA ESTELA DE LA REHABILITACIÓN DE LA FILOSOFÍA PRÁCTICA

Que Luigi Mengoni representa una de las cumbres más elevadas alcanzadas por el pensamiento metodológico italiano, y la demostración de cuán lejos y a fondo se puede llegar simplemente traspasando las (frágiles) barreras técnicas de la propia disciplina, es, a estas alturas, una convicción adquirida por no pocos juristas positivos e historiadores del derecho contemporáneo. Muchas premisas, que nosotros imaginamos definitivamente consolidadas cuando nos adentramos en los análisis de derecho positivo, derivan de sus estudios. Ante tanta «profundidad» e *Gründlichkeit* «en captar las cosas»¹, propia de un

* nogler@jus.unitn.it. Traducción de Mariangela A. Bellu: saffi@usal.es.

¹ C. CASTRONOVO, «Luigi Mengoni, campione di aperture e umiltà», en *Luigi Mengoni. La vita e le opere*, Fondo, Associazione culturale «don Sandro Swaizer», 2004, p. 27.

estudioso «acreditadísimo»² que, por muchos aspectos, representa «un modelo demasiado elevado»³, quien escribe no puede ir evidentemente más allá de la modesta pretensión de exponer, en el modo más ordenado y conciso posible, los ejes centrales de lo que el propio Mengoni escribió sobre el binomio «valores y método jurídico». Sobre todo, me propongo contextualizar los estudios mengonianos recordando el clima socio-cultural que caracterizó el debate jurídico italiano del período en que estos maduraron, pero también, más en general, al menos las líneas de fondo, del peculiar horizonte filosófico en que ellos se insertan.

Empezaré, por tanto, dejando constancia de que la inspiración metodológica de Mengoni se perfeccionó en coincidencia con el renacimiento, que se desarrolló originariamente en el área cultural alemana, del interés filosófico por la esfera de la acción práctica, por las acciones y las praxis que tienen su principio en la elección, es decir en la iniciativa del hombre⁴. En el *incipit* de su Prefacio a *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, el propio Mengoni califica enseguida el siglo veinte como «un siglo en el que todo ha vuelto a ser puesto en discusión, pero también un siglo de replanteamientos, de revalorizaciones de formas de pensamiento que parecían haber caído en desuso».

En concreto, Mengoni se confrontó, desde el punto de vista de sus repercusiones en ámbito jurídico⁵, con las dos «posiciones más acreditadas que han dejado una huella determinante en el debate sobre la rehabilitación de la filosofía práctica, es decir la hermenéutica filosó-

² R. SACCO, «Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo», en *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 428.

³ P. SCHLESINGER, «Le ragioni del diritto. I. Diritto civile», en *Le ragioni del diritto. Teoria giuridica ed esperienze applicative*, Milano, Vita & pensiero, 1997, p. 25.

⁴ Baste aquí la referencia a las claras síntesis, respectivamente, de F. VOLPI, *Tra Aristotele e Kant: orizzonti, prospettive e limiti del dibattito sulla «riabilitazione della filosofia pratica»*, en C. A. Viano (ed.), *Teorie etiche contemporanee*, Torino, Bollati Boringhieri, 1990, pp. 128 ss. (en adelante citado con la sigla AK); y G. FORNERO, *La riabilitazione della filosofia pratica in Germania e il dibattito fra «neoaristotelici» e «postkantiani»*, en N. Abbagnano, *Storia della filosofia, La filosofia contemporanea* de G. Fornero, F. Restaino, D. Antiseri, Torino, Utet, 1994, pp. 195 ss.; para una visión de conjunto más amplia se remite, en cambio, a E. BERTI, *Le vie della ragione*, Bologna, Il Mulino, 1987 (en adelante citado con la sigla VR). La expresión «rehabilitación de la filosofía práctica» fue acuñada por Karl-Heinz Ilting en 1964 y retomada en el título de una antología en dos volúmenes (1972-74) editada por M. RIEDEL, *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972. La expresión hace referencia a la distinción aristotélica entre ciencias teóricas, poéticas y prácticas, que fue mantenida en la filosofía académica alemana hasta Wolff (la expresión «filosofía práctica» fue usada hasta finales del siglo XVIII para indicar el conjunto de las reflexiones sobre la *praxis*, es decir, la ética, la económica y la política).

⁵ L. MENGONI, «Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico», en *Jus*, 1976, pp. 3 ss., después en Id., *Diritto e valori*, Bologna, Il Mulino, 1985 (en adelante con la sigla AM), de donde cito (en este artículo con la sigla PS), y por lo tanto p. 48: «la revalorización de la tópica en el pensamiento jurídico es fruto del descubrimiento de la precomprensión en el proceso hermenéutico».

fica sostenida por Gadamer y la ética del discurso (*Diskursethik*) o de la comunicación (*Kommunikationsethik*) defendida por la nueva escuela de Francfort de Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas»⁶. Es cierto que el «neoristolismo» de la hermenéutica y el «postkantismo» de la ética de la comunicación⁷ se mueven en las direcciones opuestas, respectivamente, del inaprensible condicionamiento histórico, que según Mengoni amenaza con entrar dentro del ámbito de la antropología existencialista⁸, y de las potencialidades descontextualizantes y universalizantes de la argumentación lingüística, sin embargo –observa siempre Franco Volpi– cada uno de ellos capta uno de los dos polos opuestos de la constitución de una razón práctica finita.

Ahora bien, el renacer del interés filosófico por la razón práctica surgió, como es sabido, de la creciente insatisfacción, en el ámbito de las llamadas ciencias humanas, ante la actitud científicista que llevó a eliminar el principio ético del derecho y de la política, relegándolo a la intimidad individual y, por lo tanto, a una esfera extra-racional ya que, al no estar los valores dotados de facticidad (*Faktizität*), no podían ser objeto de un cotejo empírico.

Análogamente, el positivismo legislativo, que representó el correlato jurídico del positivismo científicista, identificaba las normas del ordenamiento, sin duda caracterizado por la plenitud, con las proposiciones que las enunciaban y creía que las palabras del texto incorporaban un único sentido preestablecido de una vez por todas, que el juez tenía el cometido de descubrir y aplicar al pie de la letra en la fase de subsunción⁹. Este último no necesitaba hacer valoraciones de racio-

⁶ F. VOLPI, *AK*, p. 134.

⁷ La antología de 1972-74, editada por Manfred Riedel (vd. n. 4), marca la recuperación de la filosofía práctica, respectivamente, aristotélica (Gadamer, Kuhn, Ritter, Bubner, Bien) y kantiana (Riedel, Vollrath, Iltting, Patzig, Pieper, Habermas): cfr. E. BERTI, *VR*, pp. 60-61. Por lo que concierne a la primera rama, está muy extendida la idea del importante influjo, directo e indirecto, de los cursos de Heidegger sobre Aristóteles en Friburgo (1919-1923) y Marburgo (1923-1928). Por el reflejo jurídico de este más amplio debate filosófico, cfr. la detallada síntesis de G. KREUZBAUER, «Kleine Einführung in der Forschungsgeschichte der juristischen Argumentationstheorie», en G. Kreuzbauer, S. Augeneder (Hrg.), *Der Juristische Streit, ARSP Beiheft* Nr. 99, 2004, pp. 9 ss., así como, en la literatura interna, los estudios de G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1990; Id., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer*, Milano, Giuffrè, 1984, espec. la Introducción al volumen.

⁸ L. MENGONI, «La polemica di Betti con Gadamer», en *Quaderni fiorentini*, VII (1978), pp. 125 ss. después en Id., *Diritto e valori*, cit., de donde cito, y por lo tanto pp. 59 ss. y 75-76. Esta parte es omitida en la republicación del artículo con el distinto título de «Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica», en L. Mengoni, *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Milano, Giuffrè, 1996, pp. 1 ss. (en adelante citado con la sigla *TG*). Por el aspecto que aquí más interesa cfr. también A. DA RE, *L'ermeneutica di Gadamer e la filosofia pratica*, Rimini, Maggioli, 1982.

⁹ L. MENGONI, «Note sul rapporto tra diritto e morale», en *Iustitia*, 1998, pp. 305 ss., ahora también en Id., *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, editado por M. Napoli, Milano, Vita & Pensiero, 2004, del que cito (en adelante con la sigla *DM*), y por lo tanto p. 70.

nalidad práctica, es decir, hacer una elección manifestando sus preferencias. Su actividad, además de la interpretación de la ley que se realizaba con el registro de su significado, consistía en afinar la racionalidad (no de los fines, sino de los medios) del sistema cerrado de conceptos jurídicos ordenadores; conceptos que, en cuanto tales, tienen una función meramente clasificatorio-subsuntiva¹⁰. Más que de «ciencia» jurídica, puesto que ésta no dominaba sus objetivos, hubiera sido oportuno hablar de «técnica» jurídica¹¹, mientras que las valoraciones de orden ético, político y económico no eran –como afirmó lapidariamente Windscheid– «Sache des Juristen als solchen»¹².

En efecto, en una sociedad estática –que en Italia, debido al retraso en su desarrollo industrial, persistirá hasta finales de los años cincuenta del siglo pasado– las reglas de derecho positivo acaban sustancialmente ocultando el nexo valorial y generan la ilusión de la secularización del derecho¹³, es decir, la distorsionada imagen weberiana de la neutralidad axiológica (avalorabilidad) del razonamiento jurídico¹⁴. Una espesa capa de armoniosas reglas técnicas atenúa y debilita la percepción de los principios y los valores que guiaron su elaboración. Pero –afirma Mengoni en 1976– el pluralismo moderno de la sociedad industrial (y posteriormente de los servicios) «ya no está dispuesto a reconocer acriticamente la verdad de las premisas de las que el jurista deduce sus soluciones revistiéndolas con la forma silogística»¹⁵, de modo que «el criptoiusnaturalismo de la doctrina positivista, que ocultaba el núcleo moral del derecho positivo tras un sistema de conceptos

¹⁰ L. MENGONI, *AM*, p. 100.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, p. 163 (trad. esp. de Marina Gascón, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 5.ª edición, Madrid, Editorial Trotta, 2003).

¹² B. WINDSCHEID, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Hrg. von Paul Ortman, Leipzig, Duncker & Humblot, 1904, p. 112.

¹³ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, «Profili della secolarizzazione nel diritto privato», en *Cristianesimo secolarizzazione e diritto moderno*, editado por L. Lombardi Vallari e G. Dilcher, t. II, Baden-Baden, Milano, Giuffrè, 1981, pp. 1171 ss., donde se considera secularizado un sistema que se cree autosuficiente tanto respecto a lo real como al reino de los valores.

¹⁴ Para la crítica a Weber, cfr. J. HABERMAS, «Recht und Moral (Tanner Lectures 1986)», en ID., *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, 3.ª ed., Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1993, pp. 541 ss. (trad. esp. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid, Editorial Trotta, 1998); obviamente Weber reconocía la importancia del juicio de valor, pero lo relegaba a una esfera totalmente subjetiva (cfr. R. MARRA, «Weber, Mommsen e il significato della avalutatività», en *Materiali storia pens. giur. moderno*, 2000, pp. 479 ss.).

¹⁵ *PS*, p. 27. En la realidad actual la prohibición de hacerse justicia por sí mismo, que representa una de las múltiples caras que asume la soberanía, es en todo caso no sólo formalmente sino también «eficazmente realizable sólo cuando las partes reciben determinadas garantías de conseguir una decisión correcta» (J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 290; el autor sigue a P. ARENS, *Zivilprozessrecht*, 4.ª ed., München, Beck, 1988, p. 346).

formales, ya no es practicable»¹⁶. Por otra parte, precisamente el derecho privado alemán había vivido, desde los años veinte y treinta, la integración en sentido solidario de las normas del BGB a través de una serie de reglas argumentadas haciendo referencia a principios morales. Es cierto que la jurisprudencia apeló formalmente a la regla real (*königliche Regel*) según la cual todos los contratos están sometidos a la buena fe (§ 242 BGB)¹⁷, pero en sustancia cambió profundamente su significado, y función, originales que no legitimaban el poder del juez para subsanar las lagunas legislativas¹⁸.

Ahora bien, la falacia del oscurecimiento de la relevancia de los fines en la acción política y jurídica fue demostrada definitivamente por la recordada corriente de la «rehabilitación» de la *philosophia practica* con la conocida obra de Gadamer, cuya primera edición se remonta a 1960 y fue traducida al italiano por primera vez en 1970¹⁹. Y en el epígrafe de su primer ensayo metodológico –*Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico* de 1976²⁰– Mengoni coloca precisamente un conocido pasaje de *Wahrheit und Methode*. Pasaje en el que Gadamer afirma que «el ordenamiento de la vida según las normas del derecho y la costumbre es algo incompleto, que precisa de una integración productiva. Hace falta el juicio para valorar rectamente los casos concretos. Conocemos esta función del juicio sobre todo gracias a la jurisprudencia, donde la contribución de la “hermenéutica” para completar el derecho consiste precisamente en producir la corrección del derecho».

Del planteamiento gadameriano Mengoni comparte, ante todo, la premisa según la cual entre texto y resultado aplicativo vibra la cuerda de las valoraciones (y, por lo tanto, de las emociones) del hombre (*auctor iuris est homo*), históricamente condicionado y constitutivamente (lingüísticamente) limitado, que en el mejor de los casos lucha toda la vida («su propia maduración interior (...) no puede decirse nunca terminada»²¹) para librarse de sus propias precomprensiones. Mengoni demuestra así, en primer lugar, rechazar la actitud holística²², hoy en día

¹⁶ L. MENGONI, «L'insegnamento del diritto nell'Università Cattolica», en *Jus*, 1997, 1, p. 6.

¹⁷ J. W. HEDEMANN, *Werden und Wachsen im Brgerlichen Recht*, Berlin, Heymann, 1913, p. 9.

¹⁸ L. MENGONI, *PS*, p. 18.

¹⁹ H. G. GADAMER, *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 6.ª ed., Tübingen, J. C. B. Mohr, 1990 (en adelante citado con la sigla *WM*), pp. 298-299; la 3.ª ed. (1972) ha sido traducida al italiano con el título de *Verità e metodo*, Milano, Bompiani, 1983, p. 343; la 5.ª ed. (1975) ha sido traducida al español por A. Agud y R. de Agapito con el título *Verdad y Método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, Salamanca, Sígueme, 1999.

²⁰ *Vid. supra* n. 5.

²¹ «Entrevista a Luigi Mengoni», editado por P. Ichino, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, p. 113.

²² Esto no tiene que inducir a encuadrar apresuradamente a Mengoni entre los ilustres estudiosos liberistas, que fueron firmes partidarios del individualismo

aún muy extendida, que considera el «derecho» como una realidad y no, en cambio, como el producto del juicio del intérprete²³, que el positivismo jurídico ocultaba como «distribuidor automático de derecho» (*Rechtsautomaten*)²⁴, esto es, como mero «registrador» de la verdad preconstituida de la voluntad del legislador.

Mengoni acoge luego, en segundo lugar, la premisa de Gadamer –pero ya antes del conocido § 32 de *Sein und Zeit*– según la cual el sujeto que desarrolla el juicio interpretativo, cuya existencia misma se expresa en el acto de comprender (*Verstehen*), no se halla en la situación de examinar neutralmente, es decir fuera de cualquier implicación intersubjetiva, el texto que tiene delante. Lejos de reproducir natural y conscientemente el texto mismo (y, por tanto, de proceder según los cánones metodológicos de las ciencias naturales), él actúa siempre y necesariamente sobre la base de una comprensión originaria, denominada «pre-comprensión», que tiene por objeto aquello en vista de lo cual ha sido escrito el texto interpretado. Esta *Vorverständnis*, que de por sí podría incluso no ser falsa, precede y, por tanto, si no adquirimos conciencia de ella, contribuye a determinar (como verdadera *Vorstruktur*) la actividad reflexiva dirigida a la comprensión del texto interpretado.

Con ello se ve alterado el postulado positivista según el cual el texto normativo puede ser entendido en sí mismo, es decir basándose simplemente en su enunciado lingüístico, con independencia del esclarecimiento previo de la cuestión a la que el texto responde. Esclarecimiento que, a la luz del descrito *Zirkel des Verstehen*, tiene lugar gracias a la asunción de conciencia de la pre-comprensión que ha guiado la identificación de las finalidades regulativas del texto normativo; pre-compren-

metodológico [se hace referencia a F. A. HAYEK, *Scientism and The Study of Society, Economica*, IX (1942), pp. 35, 267 ss. –trad. it. en F. A. HAYEK, *Conoscenza, mercato, pianificazione*, Bologna, Il Mulino, 1989, pp. 97 ss.–, así como a K. POPPER, *The Poverty of Historicism*, London, Routledge, 1957, trad. it. *Miseria dello storicismo*, 5.ª ed., Milano, Feltrinelli, 1997; trad. esp. de P. Schwartz, *La miseria del historicismo*, Madrid, Alianza-Taurus, 1973], es decir, del hecho de que la sociedad debe ser tratada, no como un hecho real, sino como una abstracción imputable a las reflexiones de los individuos que la componen. Esta premisa desenmascara oportunamente las actitudes holísticas de ocultación del individuo, pero, al poner el acento únicamente sobre este último, y no también sobre las relaciones sociales que el individuo mismo establece, acaba por recaer, a su vez, en una posición inmanentista y unilateral de individualismo ontológico que abstrae de la realidad pasando sobre la cabeza de los hombres, al que –conciendo «el futuro en función del presente» (L. MENGONI, *PS*, p. 14)– contrapone un orden evolutivo natural que se desarrolla según reglas inmanentes, poco propenso a ser gobernado por prescripciones exógenas. Es un unilateralismo en el que el católico Mengoni no cae, al hacer constantemente referencia a la *persona*, es decir a un concepto que resume la necesaria relacionalidad social del individuo.

²³ Cfr. P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, ed. orig., Bari, Laterza 1961 y ahora en la nueva edición coordinada por F. Tessitore, Napoli, Liguori, 2000, de donde cito, y por lo tanto p. 111.

²⁴ M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft: Grundriß der verstehende Soziologie*, 5.ª ed. besorgt von J. Winckelmann, Tübingen, Mohr, 1980, p. 507 (trad. esp. *Economía y sociedad*, Fondo de cultura económica, México, 1977).

sión que según Gadamer (siguiendo al maestro Heidegger) se produce automáticamente ante el caso sometido a juicio porque ello forma parte de la estructura ontológica de la comprensión.

No queda, pues, más que reconocer que la interpretación del texto normativo nunca consiste en una mera reproducción (y, aún menos, en una reformulación mecánica) del significado de su enunciado²⁵. Ella depende siempre de su aplicación a un caso concreto, quedando, por lo tanto, constantemente inconclusa en el sentido de abierta a nuevos desarrollos. Más que con el saber técnico (*poiesis*), la interpretación-aplicación de las normas jurídicas puede ser comparada con el saber que guía la acción moral, la *phronesis*, la cual nunca puede ser plenamente determinada de forma independiente de la situación en que se debe obrar justamente. En conclusión, la interpretación representa siempre también un acto productivo²⁶. Una conclusión muy relevante, y al mismo tiempo un punto de partida para las reflexiones sobre la metodología jurídica, cuyo mérito Mengoni atribuirá más tarde a Giuseppe Capograssi, a quien se debe la tesis de que «la controversia produce derecho»²⁷, es decir, «lo sumerge en la historia»²⁸.

2. LA RACIONALIDAD DE LA ACCIÓN PRÁCTICA

Demostrada la relevancia de la elección de los fines de la acción práctica, el objetivo programático declarado de la nueva orientación filosófica consistió, y consiste aún hoy, en la elaboración de una racio-

²⁵ Excéntrico el modo de razonar de G. U. RESCIGNO, «Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico», en *Dir. pubbl.*, 2005, pp. 35 y 42, quien critica la hermenéutica jurídica como «demasiado mística y vaga», pero reconoce la admisibilidad del círculo hermenéutico revalorizando el aforismo *in claris non fit interpretatio*, porque la comprensión del texto podría ser inmediata y, por tanto, no necesitar su interpretación. El autor elimina evidentemente la comprensión de la interpretación cuando, en realidad, para decirlo con Heidegger, la interpretación es un desarrollo de la comprensión: «in ihr eignet sich das Verstehen sein Verstandenes verstehend zu» (M. HEIDEGGER, *Sein und Zeit*, Halle an der Saale, Niemeyer, 1927, pero aquí cito de la 16.ª ed., Tübingen, Niemeyer, 1986, p. 148; en cuanto a la traducción italiana del texto, se hará en cambio referencia a la de Pietro Chiodi, *Essere e tempo*, 9.ª ed., Milano, Longanesi, 1976, p. 189; trad. esp. *El ser y el tiempo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1962).

²⁶ H. G. GADAMER, *WM*, pp. 298-299 (trad. it., p. 343); sobre el punto tratado en el texto, cfr. no obstante también P. RICOEUR, «Diritto, interpretazione, applicazione», en *Ars interpretandi*, Padova, Cedam, 1996, p. 191.

²⁷ G. CAPOGRASSI, *Prefazione* a F. López De Oñate, *La certezza del diritto*, editado por G. Astuti, Roma, Gismondi, 1950, p. 13, cit. in L. MENGONI, «Attualità di Giuseppe Capograssi», en *Europa e diritto privato*, 2000/4, p. 1019. Sobre Capograssi, cfr. por último P. GROSSI, «Uno storico del diritto in colloquio con Capograssi», en *Rif. int. fil. dir.*, 2006, pp. 13 ss.

²⁸ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 150; cfr., más en general, también las densas páginas de P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 110-111, que sigue a su vez a su maestro Capograssi.

nalidad (autónoma con respecto a la teórica) orientadora de la acción en el campo de las ciencias prácticas, que recomponga la fractura entre hechos y valores, además de entre medios y fines, a la que ha llevado la impropia identificación entre *scientia* y *theoria* y la afirmación del ideal unitario del método²⁹. En resumidas cuentas, una redefinición y una restitución del poder orientativo de la racionalidad que supere el ideal weberiano de la *Wertfreiheit*, que había justificado la reducción de la política y el derecho a meras técnicas de los medios, y como tales indiferentes a la valoración de los fines que persiguen.

En la parte final de este artículo me detendré brevemente en la contribución, probablemente más duradera, de Mengoni al debate filosófico general sobre la recuperación de la filosofía práctica. Por ahora, observemos que el monopolio cientificista de la perspectiva metodológica indujo a Gadamer a proclamar *ad nauseam* –también en una carta dirigida a Emilio Betti– que «fundamentalmente no propongo ningún “método”, sino que describo “lo que es”, aclaro “las condiciones en las que se produce la comprensión”»³⁰. Pero, por una parte, es muy plausible que cuando Gadamer habla de método quiera hacer principalmente referencia a la orientación cientificista; y por otra parte, él coincidió sin duda con la opinión de Heidegger según la cual en el círculo hermenéutico se «esconde una posibilidad positiva de conocimiento (...), posibilidad que puede ser aprovechada de modo auténtico sólo si la interpretación ha entendido que su primer cometido (...) es no dejarse nunca imponer una pre-disponibilidad, pre-clarividencia y pre-cognición por el caso y por las opiniones comunes, sino que debe hacerlas emerger de las cosas mismas, garantizándose así la cientificidad del propio tema»³¹. Por consiguiente –concluye Mengoni– «el problema metodológico es entonces el de adquirir el control racional de la precomprensión» y no de asumirlo necesariamente como guía de la interpretación, cayendo así en el puro voluntarismo³².

«Control racional de la precomprensión» significa, en concreto, para Mengoni evitar la actitud pasiva que conduce sencillamente a confirmar las precomprensiones. Hay que concienciarse de las mismas. Si la precomprensión tiene por objeto, no el contenido del texto, sino el hecho de la vida en vista del cual éste ha sido escrito, su interpretación tiene que proceder precisamente del hecho de la vida (el caso o el problema, para el jurista) «sobre el cual el texto, que tiene algo que decir acerca de esto, es interrogado. La comprensión sólo se

²⁹ Cfr. E. BERTI, *VR*, pp. 66-67: «la rehabilitación de la filosofía práctica tiene el mérito de haber comprendido y hecho comprender, sacando esta conclusión del desarrollo de las mismas ciencias humanas, que la racionalidad práctica difiere de la científica».

³⁰ *WM*, p. 345.

³¹ *Sein und Zeit*, cit., p. 153 (trad. it., p. 195).

³² *La polemica di Betti con Gadamer*, cit., p. 71.

produce si el intérprete logra entender la pregunta a la que el texto contesta, y por lo tanto formularla adecuadamente previendo la respuesta»³³. Para entender la pregunta «el intérprete tiene que introducir inevitablemente en el horizonte hermenéutico aquellas valoraciones de política del derecho en sentido amplio, es decir valoraciones éticas, económicas, sociológicas, etc. que el método de la jurisprudencia deductiva querría excluir por considerarlas de competencia exclusiva del legislador; y tales valoraciones él las lleva a cabo guiado por la que, en la teoría general de la hermenéutica, es llamada “precomprensión”»³⁴. Por lo tanto, es necesario, con una conciencia hermenéuticamente educada, seguir, ante todo, la intransigente terapia metodológica –la cual, para ser exactos, corresponde a la recomendación kantiana de ser libres, es decir, de expresar la voluntad prescindiendo de todo lo que puede influir sobre nosotros– de «tener bajo control las presuposiciones y las anticipaciones que se forman en la precomprensión del intérprete». Por lo demás, puesto que la reflexión de Gadamer se desarrolla en el terreno ontológico, no se presta aparentemente a ulteriores «ganancias metodológicas»³⁵.

En positivo, los otros autores que persiguen el objetivo del control de la praxis han echado generalmente mano de la búsqueda de criterios que respalden una teoría de la acción práctica, apoyando la premisa común, especialmente conforme a la doctrina católica de la persona, según la cual el lugar propio del hombre es el *ethos*, es decir, el espacio habitual en el que vive. En concreto, la exigencia interior de dar un sentido a la existencia se cumple en la relacionalidad social en la que el hombre se encuentra incluido a partir del propio uso del lenguaje, el cual hace que él «se encuentre ya siempre más allá de su particularidad»³⁶ (un ser «que posee el lenguaje conserva siempre una distancia frente a lo que se le presente a cada paso»³⁷). Y Mengoni, en

³³ *La polemica di Betti con Gadamer, cit., ibidem*; «el derecho ya no se puede hacer partiendo del derecho: hace falta mover de lo real» (C. CASTRONOVO, «Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo», en *Jus*, 2002, p. 77). También G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza, cit.*, pp. 44 y 48, reconoce a Mengoni el mérito de haber subrayado este punto.

³⁴ *Diritto e politica nella dottrina giuridica, cit.*, pp. 350-351.

³⁵ Estas dos citas están sacadas de L. MENGONI, *Presentazione*, en R. ALEXY, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. VIII-IX.

³⁶ H. G. GADAMER, *WM*, p. 240 (trad. it., p. 280); sobre este punto cfr. también E. BERTI, *VR*, p. 67, quien reconoce a la rehabilitación de la filosofía práctica el mérito de haber identificado el ámbito de la racionalidad práctica en el lenguaje.

³⁷ H. G. GADAMER, «Was ist Praxis? Die Bedingungen gesellschaftlicher Vernunft», en *Universitas*, fasc. IX, 1974, pp. 1143 ss., trad. it. *Che cos'è la prassi? Le condizioni di una ragione sociale*, en *Id.*, *La ragione nell'età della scienza*, Genova, Il Melangolo, 1984, p. 57 y esp. «¿Qué es praxis? Las condiciones de la razón social», en *RC*, 1974, p. 41; G. ZACCARIA, «L'apporto dell'ermeneutica alla teoria del diritto contemporanea», en *Riv. dir. civ.*, 1989, I, p. 330, observa justamente que la «conciencia del carácter lingüísticamente determinado del conocimiento acerca la filosofía hermenéutica a la filosofía analítica». Sobre este punto, cfr. M. JORI (ed.), *Ermeneuti-*

una densa carta a Natalino Irti, subraya que «originalmente en lugar de *nomos* estaba la palabra *êthos* (con eta)»³⁸.

En conclusión, la moral concienzialista e individualista de los modernos es desplazada aristotélicamente por la nueva orientación filosófica –expuesta (soy consciente) de manera completamente sumaria e incompleta– hacia un *humus* histórico-concreto. Y este cambio de perspectiva permite anclar la racionalidad de la acción práctica a un contexto objetivable, y volver a proponer la idea griega del *nomos* como manifestación de una racionalidad pública inspirada por «valores» compartidos. Nótese además cómo de este modo, la palabra «valor», que igual que *Wert*, *value* e *valeur* tiene «escrita en la frente su derivación del ámbito económico», concluye su «marcha triunfal», que emprendió a caballo de los siglos XIX y XX, en la filosofía, dónde ocupa el lugar de aquello que en el pensamiento antiguo era el bien (*Agathon*)³⁹ en sus distintas dimensiones.

Son pasajes conocidos: pero a repetirlos me induce aquí el intento de volver a recorrer el itinerario metodológico de Mengoni, que fue uno de los primeros juristas en confrontarse con este despertar de la filosofía práctica. Sobre este punto, su principal referente es una vez más, a diferencia de quien se mete en el callejón sin salida del existencialismo⁴⁰, la teoría de la pre-comprensión intersubjetiva de Gadamer, de la que Mengoni extrae la llave del retorno epistemológico de la condición existencial del círculo hermenéutico. En efecto, el filósofo de Marburgo basa la «objetividad científica» de la interpretación en la tesis de que tenemos que concienciarnos de que sobre nosotros actúa la *Wirkungsgeschichte* y que, por lo tanto, ante un texto nunca nos encontramos en una situación de virginal inmediatez⁴¹. En realidad, actuamos bajo el influjo de la tradición, es decir, de interpretaciones,

ca e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto, Torino, Giappichelli, 1994, además de las brillantes páginas de E. BERTI, *VR*, pp. 62-63.

³⁸ En *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, p. 1156.

³⁹ A. HÜGLI, s.v. «Wert. I. Einleitung», in *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, t. 12.º, Basel, Schabe, 2004, p. 556; N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 20, quien habla de *idea* del bien. Aún anclados en el viejo significado aparecen M. Heidegger (*Holzwege*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 1977, pp. 242 ss., trad. it. di P. Chiodi, *Sentieri interrotti*, Firenze, La Nuova Italia, 1977, p. 208) y C. SCHMITT en el afortunado escrito «Die Tyrannei der Werte», en *Säkularisation und Utopie*. Erlacher Studien, Ernst Forststoff zum 65. Geburtstag, Kohlhammer, Stuttgart, 1967, pp. 37 ss. Aunque Mengoni cite (si bien sólo ocasionalmente) a Carl Schmitt, y, en particular, este escrito sobre la tiranía de los valores (L. MENGONI, *AM*, p. 98, n. 101), sus estudios superan la impostación restrictiva, y simplificadora, del constitucionalista alemán, quien refirió el ser del valor a la esfera económica y concibió, por tanto, inevitablemente la tiranía (sólo) según el valor económico. En Mengoni el acento recae, más bien, sobre la *entera* esfera ético-social de la persona.

⁴⁰ Cfr. sobre este punto, para una posición similar a la de Mengoni, y por tanto crítica con la identificación de la hermenéutica gadameriana con el pensamiento nihilista, V. SCALISI, «Regola e metodo nel diritto civile», en *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 309.

⁴¹ L. MENGONI, *TG*, p. 14; sobre este punto cfr. también G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza*, cit., pp. 50 ss.

juicios y conceptos ya dados y acumulados con el transcurso del tiempo, que para el jurista, explica Mengoni, consisten en la «tradición dogmática del grupo profesional al que pertenece» y en el «cúmulo de nociones teóricas, de orientaciones sistemáticas, de formas lingüísticas tecnicadas, de principios de aplicación acumulados por la reflexión doctrinal y la experiencia jurisprudencial anteriores»⁴². En definitiva, el individuo no puede imponer su propia ilusión trascendental puesto que, como expresa muy bien la conocida paradoja del marinero de Otto Neurath⁴³, no existen movimientos iniciales, sino que siempre nos movemos sobre algo ya en marcha y que nos viene de los demás. Y la corriente de la rehabilitación de la filosofía práctica saca precisamente de esta premisa relativa a la relacionalidad del ser humano –premisa que Foucault exaspera hasta negar, incluso, la existencia del «yo»–, la posibilidad de detectar parámetros objetivos con los que medir la corrección de nuestras acciones.

3. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA *AUCTORITAS*

Fijadas estas premisas generales, vemos que se ponen las condiciones para formular la pregunta que nos interesa: ¿se inscribe, y cómo se inscribe, el derecho en este modo de entender las ciencias prácticas? Precisamente por tomar como punto de partida los cimientos de la nueva corriente filosófica alemana, Mengoni fue probablemente el primero en no eludir este interrogante, que más tarde llegó a ser habitual⁴⁴. La ciencia jurídica, escribe en 1976, no es «una ciencia práctica en el mismo sentido en que lo son la política, la economía o la ética (cuando no esté fundada en bases teológicas). Ella hace referencia a comportamientos humanos, pero su tarea no consiste en explicar o elaborar criterios para actuar de forma correcta, sino más bien en comprender el significado de textos normativos *autoritativamente* predispuestos

⁴² TG, p. 19; ID., s.v. «Dogmatica giuridica», en *Enciclopedia Treccani*, XII (1988) y en ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., de donde cito (en adelante como *Dogmatica*), y por lo tanto p. 51. Esta tradición «es tal sólo en el permanente convertirse en otro. (...) Lo esencial es mediar entre las anticipaciones de lo deseable y las posibilidades de lo factible, entre el puro deseo y el deseo real, es decir, traducir las anticipaciones en términos de realidad» (H. G. GADAMER, *Replica*, en Aa. Vv., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Frankfurt an Main, Suhrkamp, 1971, trad. it. de G. Tron, Aa. Vv., *Ermeneutica e critica dell'ideologia*, Queriniana, Brescia, 1992, pp. 305-306 y esp. «Réplica a Hermenéutica y crítica de la ideología», en *Verdad y Método*, cit., pp. 243-266).

⁴³ «Somos como marineros que tienen que reparar su barco en mar abierto y que, por ello, no son capaces de volver a comenzar desde el principio. Ellos no pueden llevar su barco a un dique para reconstruirlo integralmente. Durante su trabajo deben mantenerse de pie sobre la vieja estructura y luchar contra violentas borrascas y olas tempestuosas» (estas son las palabras finales de *Foundations of The Social Sciences*, Chicago, Univ. of Chicago, 1944, p. 47).

⁴⁴ Cfr. sobre todo, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 163 ss.

para dictar reglas sobre las relaciones sociales»⁴⁵. Los «textos normativos autoritativamente predispuestos» o, para decirlo con la expresión más usada, «el vínculo absoluto de la ley» hace que «la estructura total de la jurisprudencia no pueda ser determinada sólo por el problema». Superación del positivismo «no quiere decir superación del principio de positividad del derecho»⁴⁶.

Esta llamada a las irreducibles especificidades de la acción jurídica debe ser leída a la luz del hecho de que el iuspositivismo, pese a resultar todavía firmemente arraigado en los discursos de los juristas positivos, se estaba indudablemente desarmando en el ámbito de la filosofía del derecho por el *cul de sac* al que llevaba el rechazo del tratamiento científico de las elecciones ético-políticas. Se habían producido ya, en efecto, los conocidos virajes de ScarPELLI y Bobbio⁴⁷.

Mengoni tenía más bien ante sus ojos el nuevo dato de una sociedad italiana cada vez más estructurada de forma pluralista y que, en cuanto tal, expresaba una multiplicidad de valores además de –justo en el período en que Mengoni mismo se abre a la «conciencia del método»⁴⁸– una proliferación extraordinaria de ideologías que pretendían imponer una desecularización total del discurso jurídico, doblegándolo al servicio de un único «paradigma» valorial considerado el motor de la historia económica y social⁴⁹. Es en el marco de esta apremiante evolución

⁴⁵ *PS*, pp. 46-47. La cursiva es mía. En L. MENGONI, *Attualità di Giuseppe Capograssi*, cit., p. 1019, Mengoni afirma de manera lapidaria que «si se separa la norma de su objeto, la ciencia jurídica pierde el sentido de su propia identidad, ya no se sabe lo que es».

⁴⁶ L. MENGONI, «Spunti per una teoria delle clausole generali», en *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 14.

⁴⁷ Cfr. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, Giuffrè, 1987, pp. 35 ss., y obviamente aún mejor directamente U. SCARPELLI, *La Filosofia. La filosofia dell'etica. La filosofia del diritto di indirizzo analitico in Italia*, en ID. (ed.), *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 7 ss. y N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Milano, Comunità, 1984; cfr., finalmente, también C. FARALLI, *La filosofia del diritto contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 9-10, quien justamente recuerda entre los factores de la caída de la rígida separación entre derecho y moral también la rehabilitación de la filosofía práctica realizada en Alemania. Muchos, en todo caso, son los autores a los que debemos reconocer el mérito de haber revalorizado el momento valorativo de las decisiones jurisdiccionales y jurídicas en general. Nos limitamos por tanto a remitir a L. LOMBARDI VALLAURI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1966, así como al Quaderno n. 1 del *FI*, 1970, dedicado a «Formación extralegislativa del derecho en la experiencia italiana», sobre el cual *vid.* también L. LOMBARDI VALLAURI, «Sulla formazione extralegislativa del diritto», en *Riv. int. fil. dir.*, 1968, pp. 430 ss.

⁴⁸ Cfr. C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., pp. 63 ss.

⁴⁹ Cfr. M. BARCELLONA, «La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)», en *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, pp. 715 ss. Si se prescinde del artículo sobre «I pensieri di Montagne sul diritto», en *Riv. int. fil. dir.*, 1973, pp. 285 ss., que contiene ya en todo caso la idea del influjo circular entre pensamiento, respectivamente, problemático y sistemático (sobre este escrito cfr. ahora F. D'AGOSTINO, «Ricordo di Luigi Mengoni», en *Jus*, 2002, pp. 44 ss.), el primer

socio-cultural, que en muchos aspectos reproducía el «vitalismo desenfrenado» experimentado por otras realidades en el paso a la sociedad industrial⁵⁰, que en Italia surgió en ámbito jurídico, entre otras, una nueva tendencia «de vanguardia» que en una ocasión Mengoni apostrofó con el irónico inciso de «*free riders* del derecho alternativo», que reducían la justificación jurídica a la argumentación política⁵¹. En esta, ampliamente teorizada, coincidencia entre el discurso general sobre la acción práctica y el discurso jurídico, Mengoni vislumbró, más precisamente, el peligro de que la revalorizada racionalización de las ideas valoriales se desbordara hasta convertirse en la orientación opuesta al positivismo, es decir, por una parte, en el anticonceptualismo («el pensamiento jurídico que no sepa reproducir su propia síntesis valorativa en un equilibrado sistema de conceptos rigurosamente definidos no consigue la comprensibilidad propia de una visión teórica unitaria y deja los resultados de la búsqueda en una indeterminación conceptual parecida al modo del oráculo, que «no dice y no esconde, sino que anuncia»⁵²) y, en la otra cara de la misma moneda, en la tiranía de los valores («los valores son de por sí guías peligrosas, que pueden llevar a la tiranía de una justicia politizada, si el empleo correcto de las cláusulas generales que remiten a ellos no está garantizado por una disciplina dogmática de la que el juez pueda extraer criterios racionales para solucionar» las antinomias que surgen de la «tensión entre dos modelos valorativos constituidos por el Estado de derecho y por el Estado social»⁵³). Más en general, hay que observar en todo caso que en el

artículo metodológico de Mengoni está dedicado a «Diritto e politica nella dottrina giuridica», en *Iustitia*, 1974, pp. 337 ss.

⁵⁰ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, Tübingen, Mohr, 1921, trad. it. *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, en E. KAUFMANN, W. SAUER, G. HOHENAUER, *Neokantismo e diritto nella lotta per Weimar*, editado por R. Miccù, Napoli ESI, 1992 de donde cito y por lo tanto p. 77.

⁵¹ L. MENGONI, «Ugo Natoli come giurista del lavoro», en *Riv. giur. lav.*, I, 1993, p. 10; la referencia más completa está en «Ancora sul metodo giuridico», en *R. trim. d. proc. civ.*, 1983, pp. 321 ss., luego en *Id.*, *AM*, de donde cito, y por lo tanto p. 101; N. LIPARI, «Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2002, II, p. 1077, habla de posición «bastante dura». De todos modos, en L. MENGONI, *Dogmatica*, cit., p. 65, el propio Mengoni cierra la polémica con la constatación de que se trata de una orientación perteneciente a un «pasado ya lejano». Sobre los límites de la teoría del uso alternativo del derecho, hoy sin duda en declive, cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano. Un profilo storico*, cit., p. 161 y G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., p. 27, quien habla de aproximación metajurídica.

⁵² L. MENGONI, *Prefazione*, en *Id.*, *AM*, p. 7; no por casualidad C. CASTRONOVO, *Luigi Mengoni: dalla dogmatica alla coscienza del metodo*, cit., p. 78, ha querido cerrar su recuerdo subrayando este perfil.

⁵³ L. MENGONI, *Recensione a Franz Wieacker, Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania*, cit., p. 318; *Id.*, *Dogmatica*, p. 60. El peligro nace del hecho de que «cada valor posee en sí mismo una lógica propia y tiende a imponer un punto de vista desde el cual ningún coste por su realización aparece demasiado elevado» (*AM*, p. 101; cfr. en el mismo sentido E. OPOCHER, *Lezioni di filosofia del diritto*, Padova, Cedam, 1993, p. 275, quien señala el carácter ideológico que

clima radicalizado por los dos polos extremos –de un lado, el del desarme del iuspositivismo y, del otro, el de la exaltación del uso alternativo del derecho– a principios de los años setenta del siglo pasado, los estudios de metodología jurídica y, más abstractamente, la auto-comprensión de la jurisprudencia como ciencia volvieron también en Italia, en cierto sentido, al año cero. Perdida la brújula científicista, se trataba realmente de reformular el nuevo estatuto epistemológico de la ciencia jurídica y esto, inevitablemente por la ya recordada paradoja del marinero, partiendo de nuevo de elucubraciones pasadas que parecían ya definitivamente arrinconadas.

Ahora bien, la primera gran novedad de la *Methodenlehre* mengoniana⁵⁴ es que, con plena adhesión al discurso práctico general, desarrollado por los autores pertenecientes a la rehabilitación de la filosofía práctica, lleva hasta el final las consecuencias de la analizada premisa sobre la relevancia de los juicios prácticos, basada en criterios extrasistemáticos de matriz económica, política o ética. Aunque eso ocurre manteniendo firmes, respecto al discurso práctico general⁵⁵, los vínculos que la Constitución autoritativamente fija al discurso jurídico.

Por una parte, los vínculos de la ley y de los procedimientos⁵⁶, y por la otra, el principio kantiano de universalización («la exigencia

asumen los valores cada vez que pretenden absolutizar su contenido; muy incisivo, finalmente, P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., p. 98, que trata del peligro del regreso a formas de universalismo ético-jurídico). La fuente de inspiración es aquí principalmente Hartmann y su constatación de que «en la vida existe el rigorismo de los valores individuales, que puede llegar hasta el fanatismo. Cada valor –una vez que ha adquirido poder sobre una persona– tiene la tendencia a erigirse en tirano exclusivo del entero *ethos* humano, y en realidad a costa de otros valores, incluidos aquellos que se le contraponen materialmente» (*Ethik*, Berlin, De Gruyter, 1949, trad. it. *Etica*, II, *Assiologia dei costumi*, Napoli, Guida, 1970, p. 408; ID., *Zur Grundlegung der Ontologie*, 4.ª ed., Berlin, Walter de Gruyter, 1965, p. 286; entre los estudiosos del pensamiento de Hartmann, vuelve sobre el punto que aquí interesa A. DA RE, *Tra antico e moderno*, Milano, Guerini e Scientifica, 1996, pp. 283 ss.).

⁵⁴ Que debe ser encuadrada completamente, no como lo haría un científicista en el contexto de la metodología como investigación empírico-descriptiva [como Mengoni creía que era la obra de T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz: Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, München, Beck, 1953 trad. esp. *Topica y filosofía del derecho*, Barcelona, Gesida, 1998 (cfr. L. MENGONI, *Prefazione*, en ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, cit., p. VIII; sobre este punto *vid.* también las consideraciones de A. FALZEA, «La scienza giuridica e la morale nel pensiero di Luigi Mengoni», en *Jus*, 2002, p. 101)], sino dentro de la que la escuela analítica italiana llama la metodología como preceptística (U. SCARPELLI, «La natura della metodologia giuridica», en *Riv. int. fil dir.*, 1956, XXXIII, pp. 247 ss. y, más recientemente, M. JORI, «Scarpelli e il metodo giuridico», en *Politeia*, XX, 73, 2004, pp. 90 ss.).

⁵⁵ L. MENGONI, *Presentazione*, cit., p. IX.

⁵⁶ Prescripciones de procedimiento que nacen, generalmente, de la necesaria limitación del saber del tercero decidente así como de la escasez de tiempo del que dispone el mismo para adoptar la decisión. Por otra parte, Alessandro Giuliani ha descrito así eficazmente la diferencia entre moral y derecho: «la verdad de la experiencia jurídica *stricto sensu* es, en la comparación, menos elevada, en la medida en que corresponde al fin mundano de solucionar conflictos económicos y materiales entre asociados» (en A. GIULIANI, A. PALAZZO, I. FERRANTI, *L'interpretazione della*

de justicia, que demanda un tratamiento igual de los casos objetivamente iguales»), el cual impone que la solución valorativa planteada pase por la criba de la *demonstración* de la capacidad, si bien en presencia de la regla considerada, de mantener unido todo el complejo sistemático⁵⁷ de «principios, y de conceptos correspondientes, recabados por la vía de la abstracción generalizadora del análisis del contenido teórico de las normas positivas»⁵⁸. Sin omitir, claro está (y sobre esto tendré ocasión de volver), cuando los datos introducidos en el sistema por el pensamiento problemático impongan nuevas exigencias⁵⁹, el esfuerzo extremo –también, como le gustaba repetir a Mengoni, de fantasía– de «abandonar módulos teóricos ya adquiridos para recorrer nuevas vías de conceptualización»⁶⁰, pero siempre de forma lógicamente rigurosa para respetar el vínculo de la totalidad del discurso jurídico. El derecho, como la vida, precisa las formas, pero para seguir vivo necesita siempre también destruir las formas mismas que ha creado⁶¹. Sólo pasando por este continuo e incesante proceso de sistematización y resistematización, el derecho puede además aspirar a determinar un grado de incertidumbre tolerable⁶² en la sociedad, es decir, proponerse estabilizar las «expectativas sociales de comportamientos individuales y de grupo»⁶³ y, finalmente, contribuir a la búsqueda de nuevos modelos de decisión.

Antes de adentrarnos en una síntesis algo más detallada de la metodología de Mengoni, podemos aclarar ya que su intento de integrar pensamiento problemático y sistemático, en cierto sentido de hacer cohabitar el demonio de la exactitud con el de la sensibilidad, lo exponen a juicios unilaterales por parte de observadores cuyo ángulo de

norma civile, Torino, Giappichelli, 1996, p. 20). Entre las precauciones dirigidas a garantizar el valor de la certeza de las reglas que tienen que presidir a la acción humana está el hecho de que el proceso judicial está ideado, además de sobre la verdad de lo juzgado y sobre la prohibición de *no liquet*, de una forma que –como afirma Mengoni citando una vez más a Leibniz– resuelve por la fuerza de su estructura (*Relazione introduttiva*, cit., p. 23). Por lo tanto, también cuando se llega argumentativamente a la presencia de una pluralidad de soluciones abstractas que se pueden fundar racionalmente, éste llega a la selección coercitiva de una de ellas. En este sentido podemos decir que *potestas et veritas facit legem*.

⁵⁷ Mengoni revaloriza aquí la noción de pensamiento sistemático como aproximación a sus perfiles definitorios fundamentales de un problema; noción corriente en la época de Leibniz y revalorizada por Nicolai Hartmann, cfr. L. MENGONI, *Dogmatica*, p. 33. Con el principio de universalización se enlaza la comprobación de la coherencia de la justificación de la decisión jurídica, sobre la cual cfr. G. ZACCARIA, «Dimensioni dell'ermeneutica e interpretazione giuridica», en *Riv. int. fil dir.*, 1995, pp. 380 ss.

⁵⁸ L. MENGONI, *L'insegnamento del diritto nell'università cattolica*, cit., p. 4.

⁵⁹ L. MENGONI, *Dogmatica*, pp. 52-54.

⁶⁰ L. MENGONI, *PS*, p. 57.

⁶¹ E. KAUFMANN, *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, cit., p. 77.

⁶² L. MENGONI, *PS*, p. 53. In *Dogmatica*, p. 51, Mengoni se detiene sobre la función regulativa de la dogmática que genera una carga de argumentación a costa de quien tiene la pretensión de *overruling*.

⁶³ *AM*, p. 96.

perspectiva se identifica solamente con una de las dos modalidades del pensamiento que Mengoni unió entre sí. Así, por ejemplo, sus más acreditados coetáneos, quienes conservan la memoria de cuando tuvieron que convivir con el enjaulante retículo sistemático del método técnico-jurídico (cuando no incluso pandectista), le ponen el epíteto de «anti-dogmático»⁶⁴. En el frente opuesto, quien opera en sectores jurídicos caracterizados por una «producción naïf (...) en donde lo único que cuenta es el resultado final», le reprocha el estilo de «preceptor»⁶⁵.

De todas formas, al contrario de lo que son a veces inducidos a creer los lectores demasiado presurosos de fragmentos aislados del discurso metodológico de Mengoni, este último rechaza la defensiva *Sekundaritätsthese* basada en la distinción entre la fase inicial de los argumentos prácticos (*inventio*) y la siguiente de los argumentos jurídicos o dogmáticos (*demonstratio*)⁶⁶. En efecto, distinguiendo las dos fases, la del pensamiento problemático y la del pensamiento sistemático, la primera gobernada (también) por argumentos prácticos y la otra (sólo) por argumentos sistemáticos, no se haría otra cosa que universalizar, weberianamente, la noción pandectista de la dogmática jurídica cerrada⁶⁷ (quizás en la versión local del método técnico-jurídico⁶⁸). Y absolutizando un determinado aparato conceptual, que «no puede morir porque ya ha muerto»⁶⁹, se anteponen los medios a los fines.

⁶⁴ R. SACCO, *Prospettive della scienza civilistica italiana all'inizio del nuovo secolo*, cit., p. 421.

⁶⁵ La referencia es al derecho del trabajo. El término utilizado en el texto, si no me equivoco, ha sido acuñado por L. MARIUCCI, «Il diritto del lavoro e il suo ambiente», en *Scritti in onore di G. F. Mancini*, I, Milano, Giuffrè, 1998, p. 350 (en la p. 344 el juicio tajante sobre la «producción naïf»; pero en la misma línea *vid.* ahora S. CASSESE, «La cultura giuridica dagli anni sessanta ad oggi», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2004, p. 375), en un escrito rico en motivos de reflexión crítica; la expresión es finalmente retomada por U. ROMAGNOLI, «Luigi Mengoni, precettore dialogante», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2006, pp. 397 ss. Con una prosa más aséptica G. ALPA, «Il metodo nel diritto civile», en *Contratto e impresa*, 2000/1, p. 365, afirma que a Mengoni le corresponde el mérito de «haber vuelto a proponer a los civilistas el análisis del pensamiento sistemático».

⁶⁶ *Presentazione*, cit., p. X. Para un ejemplo reciente de reproposición de esta tergiversación y, por lo tanto, de la *Sekundaritätsthese*, cfr. el escrito de M. PERSIANI, «Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico», en *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 1 ss., quien luego puntualiza aún mejor esta impostación en ID., «Ricordando Massimo d'Antona: ancora sulla questione del metodo del diritto del lavoro», *ibidem*, 2004, pp. 917 ss.

⁶⁷ En la doctrina iuslaboralista italiana se asiste, efectivamente, desde aproximadamente dos décadas, a una revalorización della (neo)dogmática pandectista, como ya evidenciado en L. NOGLER, «Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro», en *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, pp. 117 ss.; una tendencia confirmada por la impostación metodológica de Persiani considerada *supra*, núm. 66.

⁶⁸ Cfr. MENGONI, L., *PS*, p. 19.

⁶⁹ KAUFMANN, E., *Critica della filosofia neokantiana del diritto*, cit., p. 77.

Mengoni propone, en cambio, una *Integrationsthese*⁷⁰, que después hallará también en los estudios de Alexy, planteando el empleo de parte de la «dogmática» —y ya el simple empleo de esta palabra señalaba el surco neto e irrecuperable que lo separaba de quien, al contrario, creía que precisamente la referencia a ella presupone que el derecho «es irreducible a conocimiento científico»⁷¹— jurídica de argumentos tanto jurídicos como prácticos. En concreto, él abre el sistema dogmático, gracias a la categoría de los «conceptos axiológicamente orientados», los cuales, incluso sin asumir las valoraciones extrasistemáticas —centradas en aquel «subrogado positivista (o historicista) de lo metafísico» que son «los valores a los que remite la Constitución»— en su contenido⁷², están orientados específicamente, a menudo gracias al recurso a «parámetros topológicos», a su realización en el derecho positivo⁷³.

Ya de estas citas resulta que el replanteamiento metodológico de Mengoni, constantemente vivificado por ejemplos que él mismo ofrece a cada paso, no podía no desembocar también en una reformulación de los reafirmados límites al discurso jurídico establecidos por la Constitución. Ante todo, la vinculación a la ley establecida, para el derecho judicial, en el artículo 101, apartado 1, Const. Ital. Vinculación a la ley que conlleva, según el positivismo legislativo, por una parte, que la argumentación de las reglas de juicio debe moverse en el contexto de las posibilidades incluidas en el enunciado lingüístico de la proposición legislativa (vinculación al texto normativo), y, por la otra, que la decisión judicial debe estar «fundamentada de forma deductiva»⁷⁴. El resto es removido del contexto «de justificación» y encuentra su lugar en el, impenetrable, «de decisión», que incluye los puntos de vista psicológicos, ideológicos e históricos sociológicos que han llevado a la decisión⁷⁵.

⁷⁰ PS, pp. 55-56: «los dos métodos no se combinan en un *ordo successivus*, sino que se completan en una relación de interdependencia o interacción».

⁷¹ BOBBIO, N. «Scienza del diritto e analisi del linguaggio», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1950, I, p. 347.

⁷² De manera que «la referencia a los valores constitucionales para concretar una cláusula general no atribuye a los derechos fundamentales una eficacia normativa mediata sobre la autonomía privada» (L. MENGONI, «Autonomia privata e Costituzione», en *Banca Borsa Titoli di credito*, 1997, p. 7). Cuando la norma sobre el derecho fundamental pretende ser aplicada como parámetro objetivo del comportamiento de un sujeto privado no se puede hablar rigurosamente de *Drittwirkung* de los derechos fundamentales respecto a sujetos privados: no estamos, en realidad, en presencia del mismo esquema lógico que justifica la titularidad de parte del individuo de un derecho subjetivo frente al Estado (P. A. WINDEL, «Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts», en *Der Staat*, 1998, p. 386).

⁷³ MENGONI, L. *AM*, p. 100.

⁷⁴ MENGONI, L. «Quale disciplina per i lavori «atipici»?», en *Dir. lav.*, 2000, I, p. 321.

⁷⁵ Sobre la distinción cfr. U. SCARPELLI, «Introduzione all'analisi delle argomentazioni giudiziarie», en *Foro it.*, 1970, Supl. al núm. 1, «La formazione extralegislati-

Ahora bien, el primer perfil, si se refiriere a la ley, una vez que la correspondiente comprensión es explicada a través del círculo hermenéutico descrito, corre el riesgo de disolverse. En realidad, «después de Gadamer», nadie puede atreverse en serio a construir la teoría de la interpretación sobre la tesis simplista de que el jurista *descubre* el sentido innato en las palabras utilizadas por el legislador. Se acepta, por el contrario, como vimos, que «el significado de un texto normativo no se deja captar completamente si no es en relación con un caso sobre el que hay que decidir, y por lo tanto a través de un proceso que no es sólo de explicación del lenguaje de la norma, sino también de transformación de la misma en una regla concreta de decisión»⁷⁶. Por lo tanto, «la interpretación debe integrarse en una hermenéutica que no se agota dentro de la dimensión terminológica, sino que se propone la tarea ulterior de elaborar criterios (...) que sean aptos para hacer reconocer la regla de lo justo en la realidad social»⁷⁷.

Por todas estas razones Mengoni sostiene que –si se quiere mantener firme la finalidad que inspira la vinculación a la ley– la liberación de los distintos legados del positivismo debe ir acompañada por una interpretación extensiva del término «ley», utilizado en el artículo 101, apartado 1, Const. como derecho vigente comprensivo del derecho de formación extralegislativa⁷⁸. En particular, a la vinculación derivada de la construcción lingüística del texto, él propone añadir, siguiendo a Ascarelli, la vinculación más débil del derecho viviente que impone, a quien pretende romper la continuidad jurisprudencial, argumentar en este sentido⁷⁹.

En resumidas cuentas, me parece evidente que si la decisión judicial debe estar «fundamentada de forma deductiva», ella tiene que surgir de un silogismo. Un vínculo sustancialmente risible que, en último término, se limita a inhibir el planteamiento de argumentos inductivos.

Es cierto, en cambio, como concluye Mengoni, después de densas páginas de «revelación» sobre las que no es posible detenernos, que «una deducción lógica sólo es vinculante si las premisas son verdaderas, y la lógica no es capaz de controlar la verdad de las premisas». La

va del diritto nell'esperienza italiana», ahora en ID., *Diritto e analisi del linguaggio*, Milano, Comunità, 1976, pp. 407-448; la distinción me parece homóloga a la establecida por Josef Esser entre *Motivation* y *Argumentation*: cfr. J. ESSER, *Motivation und Begründung richterlicher Entscheidungen*, en C. Perelman, P. Foriers (eds.), *La motivation des décisions de justice*, Bruxelles, Bruylant, 1978, pp. 137 ss.; la distinción esseriana es discutida entre otros en G. ZACCARIA, *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 192 ss.

⁷⁶ MENGONI, L. ID, p. 479.

⁷⁷ MENGONI, L. «La questione del “diritto giusto” nella società post-liberale», en *Rel. ind.*, 1988, p. 19.

⁷⁸ DM, p. 72.

⁷⁹ *Il diritto vivente come categoria ermeneutica, cit.*, pp. 152-153.

premisa menor así como la mayor no son materia de actividad lógica, sino más bien de una unitaria actividad valorativa⁸⁰.

El verdadero problema de la verificación del juicio concierne, por tanto, a la racionalización de las elecciones de contenido realizadas por el sujeto que decide; elecciones que nunca son el fruto de operaciones lógicas de tipo deductivo⁸¹, pero que a pesar de ello no son necesariamente arbitrarias e incontrolables. En otras palabras, presu- puesta la vinculación a la ley, la estructura silogística de la justifi- cación de la sentencia judicial se deduce como lógica *Denkgesetz*, ya que una decisión puede decirse fundada racionalmente sólo cuando es posible reconducirla a una regla⁸². Eso no significa, sin embargo, que el control de la propia decisión judicial, impuesto por el artículo 111 Const., no pueda y deba extenderse a los perfiles valorativos⁸³ que, por las razones ya vistas, atañen circularmente tanto a la *maior* como a la *minor*. Es decir: que no sea posible racionalizar el proceso de adopción de las elecciones de contenido efectuadas por el sujeto que decide. Llegando así a imponer que la trama argumentativa deba arti- cularse a través de pasajes de coherencia lógica que, de alguna mane- ra, pongan de manifiesto, liberen, «hagan públicas» las opciones valo- riales privilegiadas por el intérprete, adoptando luego, para el control de las elecciones mismas, los procedimientos probatorios de la justifi- cación y no, por supuesto, los de la demostración.

Por ejemplo, Mengoni comprueba que, en el ámbito de la impor- tantísima calificación de las relaciones laborales, el principio de iden- tidad es reemplazado a veces, en función de valoraciones de conve-

⁸⁰ PS, p. 26; es significativo que M. BARCELLONA, «La scienza giuridica italiana e il marxismo (prima e dopo l'«uso alternativo del diritto»)», en *R. crit. d. priv.*, 2000, p. 735, subraye que Mengoni parte de la crítica al silogismo judicial.

⁸¹ CARNELUTTI, F. *Teoria generale del diritto*, Roma, Foro italiano, 2.ª ed., 1951, p. 368 (trad. esp. *Teoría general del derecho; metodología del derecho*, Granada, Editorial Comares, 2003), expresó todo eso afirmando, de manera tajante, que el juicio es el *prius* y el silogismo el *posterius*. En tiempos más recientes cfr. para la afirmación de que el procedimiento subsuntivo «no es nunca el que se sigue en el razonamiento decisorio, a menos que no se asuma a priori que las premisas del silogismo decisorio sean conocidas. Sin tal asunción, el silogismo, que se limita a explicar en la conclusión lo que ya está presente en las premisas, no es de ninguna utilidad para el juez», P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, en P. Comanducci, R. Guastini (eds.), *L'analisi del ragionamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1989, p. 352; y antes A. ROSS, *Critica del diritto e analisi del linguaggio*, Bologna, Il Mulino, 1982, p. 95.

⁸² NEUMANN, U. «Theorie der juristischen Argumentation», en A. KAUFMANN, W. HASSEMER, U. NEUMANN (Hrsg.), *Einführung in Rechtsphilosophie und Rechts- theorie der Gegenwart*, 7.ª ed., Heidelberg, C. F. Müller, 2004, p. 335; «una justifi- cación que no pueda expresarse en forma de silogismo no es una justificación racional, por lo menos en los sentidos fuerte y fortísimo de esta expresión» (P. COMANDUCCI, *Su Taruffo*, cit., p. 353).

⁸³ Que son distintos de los demostrativos que caracterizan el método silogístico. La teoría cognitiva, al contrario de lo que supone G. PROIA, «Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie», en *Arg. dir. lav.*, 2002, p. 89, no contempla el silogismo valorativo que representaría una contradicción en sus propios términos.

niencia equitativa que el propio Mengoni comparte y auspicia⁸⁴, por un criterio de equivalencia funcional⁸⁵. Lejos de «ocultar»⁸⁶ esta comprensión dentro de la inaprensible conciencia individual –y, por tanto, de denunciar su falta de vinculación a la técnica decisoria del silogismo decisoria–, él considera que hace falta racionalizar la elección decisoria misma, que resulta claramente inspirada por el valor de la tutela del trabajo. Bien mirado, en estos casos, en lugar del restrictivo principio de identidad, se asiste al uso de un más elástico criterio de equivalencia que permite «variantes de sentido adecuadas a los distintos contextos» del «núcleo común a todas las situaciones aplicativas», que caracteriza el sentido literal del texto normativo que expresa la *fattispecie*⁸⁷. Pero es precisamente la conciencia alcanzada entorno a esta premisa la que permite garantizar en todo caso el control de la operación y, por tanto, un grado aceptable de certeza del derecho.

Sin embargo, es evidente que para ello se debe utilizar un procedimiento, no demostrativo, sino argumentativo y justificativo⁸⁸. En pocas palabras, la motivación tiene que refutar las objeciones que, respecto al caso concreto, pueden ser opuestas en contra de las pruebas argumentativas alegadas, por un observador racional e imparcial, que razone sobre la base del criterio directivo según el cual las características de los casos pueden variar pero, a pesar de ello, presentar siempre el mismo esquema, si juntas desempeñan la misma función⁸⁹ (la denominada forma-

⁸⁴ MENGONI, L. «Introduzione», en G. Deodato, E. Siniscalchi (eds.), *Autonomia e subordinazione nelle nuove figure professionali del terziario*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 17, donde manifiesta justamente su deseo de un procedimiento de calificación más elástico y dinámico. Sobre la nueva relevancia de la equidad liberada del tradicional fundamento iusnaturalista, cfr. G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., pp. 203 ss.

⁸⁵ MENGONI, L. «Diritto e tecnica», en *R. trim. d. proc. civ.* 2002, pp. 1 ss., después en *ID.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., de donde cito y por lo tanto, p. 93.

⁸⁶ MENGONI, L. *PS*, p. 16.

⁸⁷ MENGONI, L. «Il contratto individuale di lavoro», en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2000, p. 193; pero cfr. el mucho más argumentado *ID.*, «Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 356-357.

⁸⁸ Cuando G. PROIA, *Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie*, cit., p. 92 afirma que el juicio de equivalencia es utilizado *exclusivamente* para averiguar si la misma función del tipo legal puede ser desarrollada, en el caso concreto, por elementos distintos de los contemplados en la disciplina legal y no para adoptar la decisión calificatoria, no se da cuenta de que el perfil más delicado es precisamente el valorativo de justificación de la premisa del silogismo decisoria (o calificación). ¡Y su afirmación es mucho más sorprendente porque va precedida por la muscular proclama de que el problema consiste en hallar el método más idóneo para garantizar la menor incertidumbre, es decir la autoridad del punto de vista jurídico (p. 89)!

⁸⁹ Eso se produce al expresar la *fattispecie*, no de manera consciente con el método analítico, que presupone que la realidad se presente en *rerum natura* como ya jurídica y cumplidamente definida (cfr. críticamente L. MENGONI, *TG*, p. 9), sino de modo relacional como «parámetro tipológico» (L. MENGONI, *AM*, p. 100; sobre la estrecha conexión entre hermenéutica y *Typus* cfr. G. ZACCARIA, *L'arte dell'interpretazione*, cit., pp. 64-65) o «tipo», según la locución sacada de la filosofía

ción metódica del consenso). No resulta, en cambio, pertinente la observación de que «el problema de la calificación no es tanto identificar la “premisa menor” o del caso concreto, cuanto la identificación de la “premisa mayor”, o sea del tipo legal»⁹⁰, porque ignora que el círculo hermenéutico, que se sitúa en la base de la comprensión del texto, vincula entre sí en un proceso unitario las dos fases que el método analítico conscientemente divide⁹¹.

4. DERECHO Y CIENCIAS PRÁCTICAS: LA VERITAS

Si en los escritos metodológicos iniciales de Mengoni el acento se ponía todavía sobre los «conceptos axiológicamente orientados», frente a los cuales los principios o valores desempeñaban esencialmente una función que podemos definir «de guía» del proceso de perfeccionamiento de los contenidos requerido por el caso, en los sucesivos escritos de los años ochenta y noventa del siglo pasado la argumentación teórica casi siempre da un vuelco y adopta, por tanto, directamente como punto de partida los valores. En parte, ha cambiado el contexto. Avanza el cientificismo tecnológico y se nubla la unidad cultural. Surgen por tanto cada vez más a menudo problemas, como se suele decir, de «juridificación de la conciencia». El discurso jurídico debe así explicitar las elecciones éticas que lleva implícitas, tal como en su momento fue obligado a hacer con las socio-económicas. Y todo eso acarrea, inevitablemente, «dificultades e inconvenientes a la hora de interpretar las leyes y de subsanar las lagunas legislativas, actividad que no es sencillamente cognitiva como se pensaba,

aristotélica y afinada en el curso de la historia del pensamiento (cfr. E. BERTI, *Le ragioni di Aristotele*, Bari, Laterza, 1989, pp. 117 ss. y sobre todo C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto*, Bologna, Patron, 1984). Para el ámbito de la calificación de las relaciones laborales, cfr. más detalladamente L. NOGLER, «Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro», en *Riv. it. dir. lav.*, 1990, I, pp. 200 ss.; M. D'ANTONA, «Limiti costituzionali alla disponibilità del tipo contrattuale nel diritto del lavoro», en *Arg. Dir. Lav.*, 1995, I, pp. 79 ss.; así como por último E. GHERA, «La subordinazione e i rapporti atipici nel diritto italiano», en Aa. Vv., *Du travail salarié au travail indépendant: permanences et mutations*, Bari, Cacucci, 2003, p. 64.

⁹⁰ PROIA, G. «Metodo tipologico, contratto di lavoro subordinato e categorie definitorie», *cit.*, p. 93.

⁹¹ La comprensión del significado del texto «en el momento de la decisión es extraída de la interpretación argumentada dialécticamente en respuesta a la cuestión práctica planteada por el caso particular» (L. MENGONI, «Le aporie decostruttive del diritto secondo Jacques Derrida», *cit.*, p. 356). De la lectura del texto de Proia, citado en la nota anterior, se percibe de manera global la sensación de que el autor no tenga en la debida consideración el hecho de que la configuración existencial de la comprensión hace que la comprensión misma sea siempre la que produce el sentido del texto sometido a interpretación (vd. *supra* § 2), de modo que el vínculo de la ley está destinado perennemente a cambiar también en consideración de la regla de la *Wirkungsgeschichte*. No por casualidad a su debilitamiento, por así decir, existencial se intenta hacer frente con el nuevo vínculo del derecho viviente.

sino que contribuye a la formación del derecho»⁹², es decir de las reglas que presiden a la decisión de cada caso.

Pero, sobre todo, también la doctrina italiana, aunque con retraso respecto a otras experiencias, ha descubierto entre tanto plenamente, es decir, en todos los sectores del derecho, los principios constitucionales. Si Norberto Bobbio, en 1950, en su célebre «manifiesto programático» escribía que «todo lo que está antes de la regla (sea el fundamento o el origen) no pertenece a la investigación del jurista» y que la importancia de la teoría normativa consiste en el hecho de haber excluido del objeto de las reflexiones del jurista la «inspiración ético-política»⁹³, en 1992, la perspectiva aparece ya invertida. En efecto, Gustavo Zagrebelsky teoriza que «naturaleza práctica del derecho significa también que el derecho, respetuoso de su función, se preocupa de su propia aptitud para disciplinar efectivamente la realidad conforme al valor que los principios le otorgan a ésta. Las consecuencias prácticas no son pues para nada un aspecto posterior, independiente e influyente en el derecho mismo, sino que son un elemento calificativo de éste»⁹⁴. Y el juez constitucional Mengoni acompaña su nuevo papel con la profundización científica⁹⁵ entorno a la hermenéutica constitucional, caracterizada por el aflojamiento de los vínculos que definen la argumentación jurídica dentro del género del discurso práctico⁹⁶; el balance entre principios concurrentes; el criterio de sensatez; el concepto de derecho viviente y sus implicaciones sobre la justicia constitucional⁹⁷ y otros perfiles de la argumentación constitucional que son ilustrados por Enzo Cheli⁹⁸.

En el marco de esta problemática reaparece con frecuencia ante Mengoni el nudo temático de la relación entre derecho y moral. Sobre el punto, el *starting point* de las reflexiones de Mengoni está representado por el pensamiento del otro gran representante del *Rehabilitation*: Jürgen Habermas, quien, como es sabido, sostiene que la moral ya no se coloca *sobre* sino *en el* derecho positivo, y sin embargo no se anula en él⁹⁹. Pero Habermas busca la elaboración de una moral

⁹² MENGONI, L. *Diritto e tecnica*, cit., p. 93.

⁹³ *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 354.

⁹⁴ ZAGREBELSKY, G. *Il diritto mite*, cit., p. 166. Muy significativo el testimonio del mismo G. ZAGREBELSKY, «Luigi Mengoni, giudice costituzionale», en *Jus*, 2002, p. 109, sobre la importancia formativa de *PS*.

⁹⁵ «Mengoni, mentre giudicava, studiava» (G. ZAGREBELSKY, «Luigi Mengoni, giudice costituzionale», cit., p. 113).

⁹⁶ MENGONI, L. *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 120.

⁹⁷ MENGONI, L. «Il "diritto vivente" come categoria ermeneutica», en *Digesto IV*, vol. VI, civil (1990), más tarde también en ID., «Ermeneutica e dogmatica giuridica», cit., de donde cito y por lo tanto pp. 141 ss.

⁹⁸ CHELI, E. *L'ermeneutica costituzionale nel pensiero di Luigi Mengoni*, en L. Nogler, A. Nicolussi (ed.), *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, Padova, Cedam y también en *Nomos*, 2005/1-2, p. 9.

⁹⁹ Così J. HABERMAS, «Recht und Moral» (*Tanner Lectures 1986*), cit., p. 568. La literatura sobre el tema es inmensa, cfr. a tal fin H. GEDDERT, *Recht und Moral. Zum Sinn eines alten Problems*, Berlin, Duncker & Humblot, 1984.

procedimental de la acción comunicativa (y no productiva), mientras que no entra en las particularidades impresas en el discurso jurídico por los recordados vínculos autoritativos. De este modo, él da voz a críticas, en realidad a menudo exageradas porque se basan en una (sola) presunta posición implícita de traducibilidad inmediata del discurso práctico general en la realidad jurídica. Así Niklas Luhmann, por ejemplo, desarrolla una verdadera parodia de su principio del consenso al que el sociólogo alemán contrapone, finalmente, la necesidad de la búsqueda de una solución convalidada empíricamente¹⁰⁰. Por otra parte, el propio Mengoni ironiza sobre el profético y afortunado inciso de Habermas según el cual «la interpretación de la constitución adopta cada vez más el aspecto de una filosofía del derecho»¹⁰¹.

Sea como fuere, Mengoni teoriza, en cambio, directamente que el núcleo mínimo de principios (valores) susceptibles de fundamentación racional, es decir de conocimiento objetivo (se podría hablar también de derecho natural mínimo)¹⁰², ha sido incorporado «en el derecho positivo, en la forma de los enunciados normativos de la Constitución. E incorporados por la Constitución en la forma de los derechos fundamentales, objetivamente entendidos, no como *reglas*, sino como *principios* elementales del ordenamiento, los principios morales mismos «adquieran naturaleza jurídica y, con ella, un nuevo modo de validez», pero –he aquí el punto– «sin perder su estatus originario»¹⁰³.

¿Por qué defiende Mengoni el «estatuto ontológico y lógico originario» de los principios constitucionales¹⁰⁴? Seguramente no por la armonía –históricamente contingente– «con el pensamiento cristiano del fundamento ético del derecho positivo en las Constituciones

¹⁰⁰ LUHMANN, N. «Quod omnes tangit... Anmerkungen zur Rechtstheorie von Jürgen Habermas», en *RJ*, 12 (1993), pp. 36 ss. En esta perspectiva ha sido, por ejemplo, observado, por parte de T. DROSDECK, *Die herrschende Meinung - Autorität als Rechtsquelle*, Duncker & Humblot, Berlin, 1989, p. 78, que una teoría de la argumentación basada en reglas de racionalidad ideal descuida el lado humano. Se debería en efecto tener en cuenta que el discurso no es pronunciado siempre racionalmente sino con suposiciones, falsedad y afirmaciones estratégicas. Los discursos no son pronunciados siempre con el objetivo de explicitar los presupuestos «normativos» de la discusión sino a menudo para esconder sus propias argumentaciones tras las frases. Es por estos motivos que la teoría consensual de la verdad no sería utilizable en la práctica.

¹⁰¹ *DM*, p. 76, donde afirma que de este modo las partes obtendrán del jurista una respuesta digna de un filósofo y no la decisión del caso.

¹⁰² MENGONI, L. *DM*, p. 76. Sobre este punto es necesaria una aclaración porque Mengoni afirma que el actual ordenamiento jurídico es multicultural (L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 92). Se trata con todo de un multiculturalismo sincrónico y no podría, por otra parte, ser considerada de otra manera su premisa sobre la historicidad de la comprensión de los valores que deben ser buscados y reconocidos en sus objetivaciones históricas. Además, se trata de un multiculturalismo «englobado en una aparente unidad sistemática» (es decir, en un mínimo ético común) y por tanto muy lejano de la connotación contemporánea del término que insiste bastante en la división.

¹⁰³ MENGONI, L. *Diritto e tecnica*, cit., p. 92.

¹⁰⁴ Cfr. L. MENGONI, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118, donde el problema es tratado con mayor amplitud argumentativa.

siguientes a la trágica experiencia de las dos guerras mundiales»; fundamento que radica en el concepto de «dignidad humana», que «es la traducción secularizada de la idea bíblica que el hombre ha sido creado por Dios a su imagen y semejanza»¹⁰⁵. Dignidad humana propia del hombre, no como individuo aislado, sino en cuanto persona «que es un concepto relacional, implica esencialmente una relación con el mundo, o sea con los demás»¹⁰⁶. Premisa que permite evitar la tan temida tiranía del principio de la dignidad humana, incorporado en el artículo 2 Const. y en otras normas de la Constitución republicana de 1947 (por ejemplo, art. 41, apartado 2)¹⁰⁷. En efecto, ella conlleva «la imposibilidad de establecer a priori una abstracta jerarquía de valores constitucionales»¹⁰⁸. Por lo tanto, cuando se juzgan relaciones de derecho privado, no es correcto remover del todo apriorísticamente el derecho fundamental del que es portador el sujeto autor del comportamiento juzgado, es decir poner en equilibrio –vuelve la *prudentia* aris-

¹⁰⁵ MENGONI, L. *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53; A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, en W. Maihofer (ed.), *Naturrecht oder Rechtspositivismus?*, Darmstadt, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1966, p. 466.

¹⁰⁶ Cfr. ahora S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Bologna, Feltrinelli, 2006, p. 26, quien reconoce el mérito de Mengoni de haber también presentado a la persona como una estructura de valor, un ser axiológico.

¹⁰⁷ BALDASSARRE, A. s.v. «Diritti sociali», en *EGT*, XI, 1989, p. 10; L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53. Sobre la «rigurosa laicidad en los análisis y en las valoraciones» de Mengoni, cfr. T. TREU, «Ricordo di Luigi Mengoni, giurista del lavoro», en *Jus*, 2002, p. 32.

¹⁰⁸ MENGONI, L. «I principi generali del diritto e la scienza giuridica», en *Dir. lav.*, 1992, I, p. 11. «Como valores constitucionalmente reconocidos y garantizados, los derechos fundamentales están siempre intrínsecamente limitados, también aquellos enunciados en el papel constitucional sin referencia, ni siquiera genérica, a los límites» [L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, en M. Napoli (ed.), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e pensiero, 1998, pp. 3 ss.; y también en *ID.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., p. 64]. Sobre este punto cfr., en la misma línea, G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 170 y J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., p. 310. Observo, aun sin poder desarrollar en este contexto este perfil, que la expuesta teoría de los derechos fundamentales intrínsecamente limitados induce a Mengoni a atribuir a la libertad de iniciativa económica un papel no subordinado, sino equi-ordenado respecto a otros derechos fundamentales de tipo económico, como ocurre por otra parte en la *Grundgesetz* (cfr. L. MENGONI, *Per una dogmatica dei diritti fondamentali*, en *Giornate in onore di Angelo Falzea*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 48, donde el autor pone en el mismo nivel los derechos fundamentales previstos entre los principios fundamentales y los contemplados en el título III en materia de relaciones económicas). Eso estaba por otra parte implícito, por poner sólo un ejemplo relativo al derecho (económico y no social) a la estabilidad de la ocupación que la jurisprudencia deduce del derecho social al trabajo (art. 4, apartado 1, Const.), en su teoría sobre la naturaleza jurídicamente infungible de las prestaciones del empleador [L. MENGONI, *Intervento*, en S. Mazzamuto (ed.), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, I, Napoli, Jovene, 1989, pp. 154-155], ya comúnmente acogida por la jurisprudencia [cfr. Cass. 12 de mayo de 2004, n. 9031 (est. Vidiri), en *MGL*, 2005, 444, que no duda a la hora de apoyarse en el art. 41 Const.]. He recordado esta teoría en un reciente congreso florentino suscitando la inmediata reacción crítica de A. PROTO PISANI, «Le ragioni di un distacco», in *Foro it.*, 2006, V, c. pp. 146 ss.

totélica— los derechos fundamentales contrapuestos, ambos propios de sujetos privados¹⁰⁹. En una perspectiva más amplia se plantea, finalmente, con fuerza el problema de la declaración de los deberes fundamentales¹¹⁰ propuesta en la segunda mitad de los años noventa por el *Inter-Action Council* de las Naciones Unidas¹¹¹.

Pero volvamos al estatuto ontológico de los principios constitucionales. El motivo por el que Mengoni defiende el fundamento moral es más profundo. Éste toca la que Zagrebelsky ha definido como la parte «no expresada», pero esencial, de las razones de la decisión¹¹². El impulso a tratar el tema llega a la «conciencia hermenéuticamente educada» de Mengoni de dos grupos de problemas que ponen conjuntamente en crisis el hecho de que el criterio de legitimación del derecho consista exclusivamente en el principio de mayoría¹¹³. Problemas que son generalmente tomados del conocido texto básico de Robert Alexy titulado *Begriff und Geltung des Rechts*¹¹⁴: se trata, por una parte, del problema de la injusticia extrema, intolerable desde cualquier punto de vista ético-racional¹¹⁵ y, por la otra, de la más frecuente hipótesis de la laguna regulativa que requiere el recurso a criterios extrasistemáticos de decisión entre los que destacan los principios morales¹¹⁶, porque

¹⁰⁹ WINDEL, P. A. *Über Privatrecht mit Verfassungsrang und Grundrechtswirkungen auf der Ebene einfachen Privatrechts*, cit., p. 386.

¹¹⁰ El punto es —afirma críticamente Mengoni en la entrevista a Pietro Ichino— que los derechos naturales «son valores que nacen y se definen en la esfera moral independientemente de un deber complementario. Como tales imponen una pretensión de absolutidad, de realización incondicionada, potencialmente disgregadora del orden positivo» (la «paradoja de los derechos naturales o innatos del individuo, que se definen independientemente del concepto de deber»). Por esta razón, el paso de contenido de los principios morales reconocidos e institucionalizados en la ley fundamental a las reglas de colisión tiene que ser «controlado normativamente por el principio de sensatez, cuya función primaria es impedir la infiltración en el ordenamiento positivo de fundamentalismos de cualquier especie, morales, políticos o económicos» (L. MENGONI, *Intervento*, en *le ragioni del diritto*, cit., pp. 46-47. Sobre el criterio de sensatez cfr. por último A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, Giuffrè, 2002). Es el concepto de *reasonable* que ha permitido, por ejemplo, al Tribunal Supremo de los Estados Unidos reconocer la legitimidad de la legislación social desvinculándose de la dictadura de la libertad contractual.

¹¹¹ Se propone, más precisamente, la adopción de una «declaración universal de las responsabilidades del hombre» compuesta por diecinueve artículos. Las primeras normas de la declaración obligan a cualquier persona a tratar a sus semejantes de manera «humana», a preocuparse por el respeto de su dignidad y a asumir sus propias responsabilidades respecto a ellos. Una norma específica está, por tanto, dedicada al deber social vinculado al derecho de propiedad.

¹¹² ZAGREBELSKY, G. *Luigi Mengoni, giudice costituzionale*, cit., p. 119.

¹¹³ Sobre la renacida exigencia de una legitimación metalegislativa del orden jurídico, cfr. L. MENGONI, *AM*, p. 97; *ID.*, *Dogmatica*, p. 40.

¹¹⁴ Freiburg im Breisgau-München, Karl Albert, 1992 trad. it. *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997; trad. esp. *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Editorial Gedisa, 2004.

¹¹⁵ *DM*, p. 75.

¹¹⁶ MENGONI, L. *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 157.

generalmente son el fruto de una consideración más exhaustiva y global de los puntos de vista concretamente en juego. De todas maneras, sobre este último punto se subraya cada vez más frecuentemente que las prescripciones constitucionales sobre los derechos fundamentales, si son entendidas –como parece casi siempre correcto– como «principios», hacen por definición posibles más elecciones regulativas sin indicar, sin embargo, un criterio de preferencia o atemperación respecto a los derechos fundamentales de las otras partes implicadas en la relación jurídica¹¹⁷. Se abre así, para citar una vez más directamente las palabras de Mengoni, «un espacio de acción en el cual» quién decide «tiene que elegir entre más soluciones sin ser ulteriormente determinado por normas jurídicas, reglas metódicas y enunciados deducibles de sistemas jurídicos»¹¹⁸. De aquí la importancia de reconocer para los principios constitucionales también la naturaleza de normas morales, de modo que la búsqueda de la regla decisoria del caso –que, «si no necesariamente de naturaleza moral», es de todos modos siempre «moralmente relevante»¹¹⁹– pueda producirse según las reglas discursivas generales. Como se ve, plantear la naturaleza (también) moral de los principios constitucionales no significa hacer aplicable un presunto derecho natural externo al ámbito normativo de la Constitución. Este dualismo ya ha sido definitivamente superado a favor de la *potestas* históricamente afirmada del Estado. Pero el principio de mayoría no es suficiente para legitimar todas las elecciones normativas y, por tanto, es indispensable reconducir estas últimas a la fuerza moral de los valores, de los que sin embargo, como veremos a continuación, no se saca directamente ningún contenido concreto.

Analizado el porqué de la asignación de la doble naturaleza –moral y jurídica– a los principios constitucionales, quedan por considerar el fundamento y las modalidades con las que se desarrolla esta premisa. El primer interrogante conduce directamente al dato «no expresado» del fundamento último del derecho. Y Mengoni sin titubeos contesta a esta pregunta que «la fuente última del derecho no es la colectividad, sino la personalidad espiritual del hombre, su dignidad humana y su libertad»¹²⁰.

¹¹⁷ KOCH, H. J. «Zur Methodenlehre des Rechtspositivismus: Das Prinzipienargument – Eine methodische Widerlegung des Rechtspositivismus?», en R. ALEXI, H. J. KOCH, L. KUHLEN, H. RÜSSMANN, *Elemente einer juristischen Begründungslehre*, Baden-Baden, Nomos, 2003, pp. 438-439.

¹¹⁸ MENGONI, L. *Introduzione*, cit., p. VIII.

¹¹⁹ MENGONI, L. *Introduzione*, cit., *ibidem*.

¹²⁰ MENGONI, L. «L'enciclica "Laborem exercens" e la cultura industriale», en *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1982, pp. 595 ss. y luego también en *ID.*, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, cit., de donde cito y por lo tanto p. 50, retoma el inciso de A. AUER, *Der Mensch und das Recht*, cit., p. 464. A quien relaciona el derecho sólo con la voluntad de potencia (N. IRTI, «Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano», en N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, La Terza, 2001, p. 106), esta orientación contesta aun hoy con la célebre frase de Kaufmann: «der Staat schafft nicht Recht, der Staat schafft Gesetze; und Staat und Gesetz stehen unter

Personalidad espiritual, dignidad humana, libertad, persona son valores referidos al hombre y Mengoni¹²¹ concuerda con la tesis de Max Scheler según la cual este último es *Wertträger* (portador del valor) y no *Wertsetzer* (constitutivo del valor): «die Werte sind nicht von Zwecken abhängig oder von Zwecken abstrahiert, sondern liegen bereits den Strebenzielen, erst recht also den Zwecken zugrunde»¹²². A esta premisa, a la que hacemos aquí una breve referencia, se acompaña luego el ulterior corolario según el cual hay que distinguir entre valores y fines (u objetivos), entendiendo los primeros como condición de posibilidad de los segundos¹²³. Mientras estos últimos dependen de los deseos subjetivos, y como tales no pueden, a diferencia de lo que creía Kant¹²⁴, fundar una ética material, los valores, al tratarse de objetos o, como dirá mejor Hartmann, de «entidades dotadas de un ser ideal» (*ideales Sein*), que no existen en el mundo de la facticidad en el sentido de que no pueden encontrar en la experiencia ninguna correspondencia cierta¹²⁵, son capaces de garantizar la universalidad y, por lo tanto, la autonomía del discurso ético. Ya Habermas había notado que el Tribunal Constitucional alemán entiende la *Grundge-*

dem Recht» (E. KAUFMANN, «Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung», en *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 3, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1927, p. 20).

¹²¹ L. MENGONI, *DM*, p. 73.

¹²² M. SCHELER, *Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik*, 2000, Bonn, Bouvier, 7.^a ed., editado por M. S. Frings, 2000 (trad. esp. *El formalismo en la ética y la ética material de los valores*, Madrid, Caparrós, 2000), respectivamente, p. 506 (trad. it., p. 629) y p. 61. En el mismo sentido N. HARTMANN, *Zur Grundlegung der Ontologie*, cit., p. 19. Como es sabido, es mérito de Gadamer y de Popper haber demostrado que la tesis contraria, sostenida por el historicismo, deshistoriciza el proceso interpretativo y sólo por eso extrema la conciencia histórica.

¹²³ N. HARTMANN, «Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart», en *Actes du huitième Congr. De Philos. à Prague*, 1936 y después en Id., *Kleinere Schriften*, III, Berlin, Walter de Gruyter, 1958, p. 327; premisa hecha suya por L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1195.

¹²⁴ L. MENGONI, C. CASTRONOVO, *Profili della secolarizzazione nel diritto privato*, cit., p. 1192: la razón subjetiva «es una instancia que, al resolverse en un subjetivismo práctico, es socialmente incontrolable»; para la crítica de la referencia a Kant, cfr. también E. BERTI, *VR*, p. 67.

¹²⁵ Premisa a la que Mengoni sin duda adhiere en L. MENGONI, «Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina», en *Jus*, 1985, pp. 475 ss., luego con el título de *Interpretazione e nuova dogmatica*, en Id., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, cit., de donde cito (en adelante con la sigla *ID*) y por lo tanto p. 76, donde habla de *postulado* de la objetividad de los valores que, si es negado, obliga a hipostasiar la conciencia común, es decir, a hacer hincapié en el criterio del consentimiento de la mayoría. Sobre este punto cfr. M. GRANDI, «Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni», en *Arg. dir. lav.*, 2006, pp. 700-701, quien pone de manifiesto la diferencia respecto a la posición post-metafísica de Habermas que remueve sustancialmente el problema del ser de los valores (de ahí la severa crítica de F. Volpi, *AK*, p. 147); cfr., por último, para una posición análoga a la de Mengoni, H. COING, *Grundzüge der Rechtsphilosophie*, 5.^a ed., Berlin-New York, De Gruyter, 1993, pp. 240 ss.

setz como «konkrete Wertordnung», en el sentido por lo tanto de la ética material de los valores de Scheler y Hartmann¹²⁶.

Eso no significa, sin embargo, para Mengoni que los valores sean *absconditi*, es decir algo *ganz Anderes* como afirman los teólogos dialécticos más intransigentes. Sobre este punto Mengoni comparte (con algunos distinguos sobre los que volveré en breve) la tesis de Piovani —que tuvo «la suerte de frecuentar»¹²⁷ en el período triestino—, según el cual la concepción moderna del individuo, el reconocimiento de su autonomía en las determinaciones morales, el hecho de que tenga que ser considerado siempre como un fin y nunca como un medio, había liberado definitivamente la validez de los valores del orden iusnaturalista preestablecido y de la moral que une naturalmente» a los hombres en la universalidad¹²⁸. Desde entonces, la validez de los criterios valoriales ya no se puede plantear con una concepción trascendental que los configura como ideas supraordenadas con respecto al mundo histórico y capaces *in re ipsa* de vincular a sí mismas las conciencias, sino que se debe colocar en la historia. Por lo tanto, desde que la pluralidad se ha convertido en rasgo esencial de las civilizaciones modernas, se ha aclarado que «el ser natural de los derechos naturales modernos es ser en la historia»¹²⁹, con lo cual resulta hoy día insostenible «un regreso a las posiciones del viejo derecho natural¹³⁰ que asignaba el estatuto de los valores a la filosofía teórica.

Dejada de lado esta vía, el esfuerzo constructivo de Mengoni produce lo que se puede considerar su contribución más «original»¹³¹, ya no (sólo) a la ciencia jurídica, sino al debate filosófico más amplio del que ha tomado el punto de partida mi intento de introducir los escritos

¹²⁶ J. HABERMAS, *Faktizität und Geltung*, cit., pp. 309-310. El acento cae sobre el adjetivo «concreto» porque el orden de los valores está ya pacíficamente considerado como impracticable, cfr. L. MENGONI, «L'argomentazione orientata alle conseguenze», en *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1994, pp. 1 ss. y después en *ID.*, *Ermenutica e dogmatica giuridica*, cit., de donde cito y por lo tanto p. 110.

¹²⁷ L. MENGONI, «Intervento», en *Le ragioni del diritto*, cit., p. 43.

¹²⁸ L. MENGONI, «L'argomentazione nel diritto costituzionale», en *ID.*, *Ermenutica e dogmatica giuridica*, cit., p. 118, n. 9.

¹²⁹ P. PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, cit., pp. 85 y 95-96. Sobre este punto, vid. L. MENGONI, *L'enciclica «Laborem exercens» e la cultura industriale*, cit., p. 53, así como N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, cit., p. 345.

¹³⁰ Los valores del derecho natural pertenecían al mundo metafísico; eran valores no sólo metajurídicos, sino también metahistóricos, organizados en un sistema deductivo basado en un principio sobresensible supremo, Dios en la escolástica medieval, la razón del derecho natural profano de los siglos XVII y XVIII» [todos los pasajes citados en los textos están en *AM*, p. 98, donde se sigue afirmando que «ya que en la sociedad pluralista, calificada por el conflicto entre grupos organizados portadores de ideologías opuestas, el consenso fundamental es el resultado de un compromiso, los valores reconocidos por la constitución forman un conjunto no homogéneo, recorrido por frecuentes antinomias culminantes en la tensión constante entre el principio (o valor) del Estado de derecho y el principio del Estado social»].

¹³¹ Cfr. M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, cit., pp. 703 ss.

metodológicos de Mengoni. Si el prefijo re- que se antepone a la habilitación de la filosofía práctica se traduce generalmente en neo-aristotelismo y en post-kantismo, la orientación mengoniana podría sintetizarse como neo-leibniziana. Esta se articula en los pasos que vamos a ilustrar a continuación.

Incluso sin ser indulgente con el historicismo «que erige la historia en fuente constitutiva de los valores, hace falta», según Mengoni, al contrario, «reconocer la historicidad de nuestro modo de conocerlos y valorarlos, y por tanto la relatividad respecto al contexto social, económico y político de sus modos de concretarse en el tiempo»¹³². Esta eficaz síntesis evoca la *Wertlehre* de Hartmann, según la cual la validez (*Geltung*), pero no el inescrutable ser de los valores, depende de los *Werträger* y, por tanto, es necesariamente relativa. Ella da lugar a un *Wandel der Werte* que entraña el peligro de que un único valor se transforme en tirano de la persona¹³³. Pero lo que cuenta es que la distinción propuesta reposiciona, adscribiéndolo al problema superior del ser, el momento en que hace falta darse cuenta del «sacrificio del intelecto» (*Opfer des Intellekts*)¹³⁴. En el nivel inferior de la validez del valor o, como prefiere decir Mengoni siempre siguiendo a Hartmann, de las «ideas de valor»¹³⁵ que se forman en el espíritu humano (piénsese en el enorme debate en curso alrededor de la idea de la dignidad humana sometida a continuas afinaciones y reformulaciones), el hombre es capaz de conocer y, por lo tanto, de fundar racionalmente, aunque sólo indirectamente, una *Verbindung* con los valores que están en la base de las ideas mismas¹³⁶.

Eso ocurre porque el conocimiento, en todo caso sólo indirecto, de los valores tiene lugar, no como mera intuición como pensaban Scheler y Hartmann, sino, por el contrario, porque se cree que los valores pueden ser detectados «buscándolos y reconociéndolos en sus objetivaciones históricas»¹³⁷, es decir, en el *ethos* en que la persona humana actúa. A tal fin Mengoni, afirmando previamente que el jurista no tiene que expresar juicios de deber ser sino juicios de hecho del tipo: «cuál de las posibles soluciones del caso sobre el que hay que deci-

¹³² Así, por último, L. MENGONI, *Quale disciplina per i lavori «atipici»?», cit.*, p. 321.

¹³³ Cfr. la síntesis de N. HARTMANN, *Das Wertproblem in der Philosophie der Gegenwart, cit., passim*.

¹³⁴ M. WEBER, *Wissenschaft als Beruf*, Duncker & Humblot, 1919, ahora en *ID.*, *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 7.^a ed., 1988, p. 611, trad. it., *Il lavoro intellettuale come professione*, Torino, Einaudi, 1948, p. 40, trad. esp. en *M. Weber, El político y el Científico*, México, Colofón, 2001.

¹³⁵ L. MENGONI, *ID.*, p. 78; ideas que «se distinguen de los valores como la copia (siempre imperfecta) se distingue del arquetipo».

¹³⁶ Mengoni dio así poderosa voz a la exigencia de evitar la exacerbación –la *Trennung*– que quiebra la posibilidad humana de conocer los valores separando su ser de la validez, los hechos de los valores y los medios de los fines.

¹³⁷ L. MENGONI, *Diritto e tecnica, cit.*, pp. 90-91.

dir (...) se aproxima más a la justicia»¹³⁸, se inspira, como anticipábamos, en Leibniz y más concretamente en su conocimiento de lo verosímil. Sin embargo, nótese que no se trata del conocimiento empírico propio de los juicios de probabilidad inductiva, que tienen que ver con la configuración variable del *objeto*. Aquí, en efecto, se discute sobre una probabilidad que mana de la incapacidad del *sujeto* para captar la verdad del valor. A pesar de eso, a diferencia de otros exponentes de la rehabilitación de la filosofía práctica, quienes opinan, remontándose a Aristóteles, que la verosimilitud es incompatible con un conocimiento objetivo¹³⁹, Leibniz creyó que ésta puede ser demostrada con argumentos «sacados de las cosas a través del razonamiento»¹⁴⁰. Por lo tanto, argumenta Mengoni, «como objetividades ideales, los valores son susceptibles de un conocimiento mediado por las ideas de valor que se forman» en los espíritus humanos que pueblan la sociedad civil, «seleccionadas mediante una comparación llevada a cabo dialécticamente en estrecha adherencia a las circunstancias del caso en cuestión: un conocimiento analógico, que necesita la ayuda de la experiencia, pero sin que eso lo reduzca a mero conocimiento empírico»¹⁴¹.

Este tipo de verdad, provisional porque está siempre expuesta a la posibilidad de falsificación¹⁴², comparte con el hombre «el destino de la vida de poder morir»¹⁴³. Pero, con ella, estando «objetivamente garantizada por la intersubjetividad, debemos, como juristas, conformarnos»¹⁴⁴. Además esta posibilidad, de una verdad (no necesaria, pero al menos) *beyond a reasonable doubt*, es suficiente para garantizar al menos «una fundamentación última de orden moral»¹⁴⁵ a la adopción de las reglas de conducta por parte del individuo. Un

¹³⁸ L. MENGONI, *La questione del «diritto giusto» nella società post-liberale*, cit., p. 20; *ID*, p. 80, n. 30.

¹³⁹ Cfr. H. KUHN, «Aristoteles und die Methode der politischen Wissenschaft», en M. RIEDEL (ed.), *Rehabilitierung der praktischen Philosophie*, Freiburg i. Br., Rombach, 1972, I, pp. 261 ss., en polémica con W. HENNIS, *Politik und praktische Philosophie*, Nuewied am Rhein-Berlin, Lucherhand, 1963.

¹⁴⁰ G. W. LEIBNIZ, *Nuovi saggi sull'intelletto umano*, Torino, Utet, 2000, p. 445 (trad. esp. *Nuevos ensayos sobre el entendimiento humano*, Madrid, Nacional, 1977) cit. por L. MENGONI, *ID*, p. 79. Sobre la posibilidad de teorizar, y por lo tanto racionalizar, la argumentación en el contexto de la acción orientada a entender, el punto de referencia de Mengoni es sin duda J. HABERMAS, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Baden-Baden, Suhrkamp, 4.ª ed., 1988, p. 48 (trad. esp. *Teoría de la acción comunicativa*, I, Madrid, Taurus ediciones, 1987).

¹⁴¹ *ID*, p. 80.

¹⁴² *AM*, pp. 88 ss.

¹⁴³ E. KAUFMANN, *Kritik der neukantischen Rechtsphilosophie*, cit., p. 77.

¹⁴⁴ *DM*, p. 77. Quien juzga sobre la base de premisas científicas (N. IRTI, *Sugli interventi di Luigi Mengoni e Bruno Romano*, cit., p. 107) o teológicas (F. VOLPI, *AK*, p. 145) no puede no valorar la tesis mengoniana como arbitraria o subjetiva. Quien comparte la premisa de Mengoni tiene que convivir con la limitación de las conclusiones, una situación bien representada por V. SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile*, cit., p. 298.

¹⁴⁵ L. MENGONI, «Intervento», en *Le ragioni del diritto*, cit., p. 46.

recorrido argumentativo, basado en el cognitivismo moderado, que Mengoni declaró, en un segundo momento, coincidir con las reflexiones de Capograssi.

Se reconduce así el discurso, como dijimos, a la teoría general de la acción práctica (vid. *supra* § 3), es decir, a las ideas sobre los valores que unen en una concordia de fondo, al menos alrededor de un núcleo mínimo de principios morales, los componentes del *ethos*¹⁴⁶. Y esta armonía remite a la música. Alessandro Giuliani consideraba que las interferencias entre música y derecho eran «evidenciadas por la misma etimología: en el período arcaico el término *nomos* indicaba», en efecto, «una peculiar forma de canto, y la memoria de las leyes era facilitada por el canto»¹⁴⁷. El hermano Flavio, en un su sentido recuerdo¹⁴⁸, recuerda una carta en la que Mengoni justificó el abandono del piano con la consideración de que «había entendido que comunicaba detalles, mientras que la música tiene que crear la emoción». Quizás justamente en esta confesión hallamos la razón más íntima de la inspiración metodológica de Luigi Mengoni, la cual produjo partituras que seguirán transmitiéndonos emociones profundas durante mucho tiempo.

Recepción: 13/9/2007. Aceptación: 10/12/2008.

¹⁴⁶ L. MENGONI, *DM*, p. 76, quien sigue afirmando que se podría hablar también de «derecho natural mínimo»; ídem, *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, cit., p. 118. Sobre la recuperación del concepto aristotélico de *ethos*, cfr. J. RITTER, *Metaphysic und Politik. Studien zu Aristoteles und Hegel*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, trad. it., *Metafisica e politica*, Genova, Marietti, 1983.

¹⁴⁷ A. GIULIANI, «Osservazioni introduttive», en *L'educazione giuridica*, V, *Modelli di legislatore e scienza della legislazione*, I, *Filosofia e scienza della legislazione*, Napoli, ESI, 1988, p. 12.

¹⁴⁸ En L. NOGLER, A. NICOLUSI, *Luigi Mengoni o la coscienza del metodo*, cit.

