

# HISTORIOGRAFÍA

# La Paix et la Loi ¿Absolutismo constitucional?

Los liberales lo son sólo de aprensión, de hecho son absolutistas, sin más diferencia respecto de los devotos del régimen antiguo que en vez de colocar la fuente viva, real, de la soberanía en un rey, la trasladan a su propia persona en su calidad de órganos del Estado oficial.

Joaquín Costa.

SUMARIO: 1. El escándalo constitucional del absolutismo congénere.—2. La pose constitucional de las exégesis y sus resultas no constitucionales.—3. La responsabilidad constitucional de la Revolución.—4. La irresponsabilidad constitucional de la Codificación.—5. Otros enredos no menos constitucionales: un derecho religioso y algo más.—6. *Assolutismo giuridico* y cultura constitucional.

## 1. EL ESCÁNDALO CONSTITUCIONAL DEL ABSOLUTISMO CONGÉNERE

Últimamente ha causado cierta alarma en medios constitucionalistas, por España como por Italia, una llamativa ocurrencia, la del *assolutismo giuridico* lanzada con brío hace diez años y trabajada con constancia durante esta década por Paolo Grossi. Comenzó por un epicedio o especie de necrología de una criatura que no estaría tan difunta cuando así por lo menos coleaba<sup>1</sup>. Estamos en 1989, año no sólo de la caída del Muro de Berlín, sino también de la celebración del bicentenario de la Revolución francesa, contra lo cual se reaccio-

---

<sup>1</sup> Paolo GROSSI, «Epicedio per l'assolutismo giuridico», en *Quaderni Fiorentini (per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno)*, 17, 1988, pp. 517-532, número que aparece en 1989.

naba<sup>2</sup>. Alguna relación existe en efecto con la efemérides, ya tendremos ocasión de ver. Grossi da por cerrado todo un ciclo reuniendo en volumen una docena de trabajos sobre el tópico<sup>3</sup>. Parece que la lectura pudiera ser ahora más receptiva. Desde 1989, desde aquel año que no sé si merece celebrarse por lo que presenció más que por lo que él mismo conmemoró<sup>4</sup>, el mercado de las ideas ha podido desembargarse. Otras ocurrencias, como la del derecho dúctil, están también reclamando la colación de gratuidades y promoviendo el beneficio de inventario respecto de unas herencias gravosas que se imputan a revoluciones y en particular a una mayúscula, la francesa<sup>5</sup>.

Como alguna vez ya he referido, fui testigo presencial del rechazo espontáneo que la visión de Paolo Grossi expuesta mediante el tópico del absolutismo jurídico puede provocar ante una audiencia cualificada en nuestro campo

<sup>2</sup> P. GROSSI, «Pagine introduttive», 1972-1991, Milán 1992, p. 89: «Una sola cosa il Redattore si senté di dover garantire al lettore di questo Quaderno diciottesimo relativo all'anno 1989: che non si unirá al coro di tutti coloro –e son tanti, e son troppi– i quali fischiettano la Marsellaise», siendo el libro la reunión de las presentaciones de los sucesivos *Quaderni Fiorentini* y la cita, como dice, el comienzo de la de dicho año.

<sup>3</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milán (Giuffrè), 1998, IX, + 474 páginas: (Presentación, 1998) «Ancora sull'assolutismo giuridico, ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto» (pp. 1-11); (I, 1988) «Epicedio per l'assolutismo giuridico: Dietro gli Atti di un Convegno milanese e alla ricerca di segni» (pp. 13-31); (II, 1989) «Interpretazione ed esegesi. Anno 1890: Polacco versus Simoncelli» (pp. 33-68); (111, 1989) «Il coraggio della moderazione: Specularità del dell'itinerario riflessivo di Vittorio Polacco» (pp. 69-126); (IV, 1991) «Assolutismo giuridico e diritto privato nel secolo XIX» (pp. 127-141); (V, 1991) «Ripensare Gény» (pp. 143-192); (VI, 1993) «Assolutismo giuridico e diritto privato: Lungo l'itinerario scientifico di Raymond Saleilles» (pp. 193-261); (VII, 1996) «Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto» (pp. 263-274); (VIII, 1996) «Un diritto senza stato: La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale» (pp. 275-292); (IX, 1997) «Il disagio di un "legislatore": Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico» (pp. 293-321); (X, 1997) «Le aporie dell'assolutismo giuridico: Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio A. Scarelli» (pp. 323-382); (XI, 1998) «Itinerari dell'assolutismo giuridico: Saldezze e incrinature nelle "parti generali" di Chironi, Coviello e Ferrara» (pp. 383-441); (XII, 1998) «Modernità politica e ordine giuridico» (pp. 443-469). Para facilitar referencia de citas y ubicación de páginas, número y dato los capítulos, conforme a la *Nota prefazionale*, pp. VII-IX: el primero, el tercero, el quinto, el octavo, el noveno y los dos últimos aparecen en el año correspondiente de los *Quaderni Fiorentini*; los otros y algunos de éstos también, en otras sedes; también algunos en otras lenguas.

<sup>4</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 3: «Fu nel 1988, quando stavamo in tutta Europa per essere sommersi dalla gran piena delle celebrazioni per il bicentenario della Rivoluzione e della Déclaration des droits, che io osai parlare per primo, in una completa solitudine, di assolutismo giuridico», hablar en 1988 (el Epicedio per l'assolutismo giuridico fue un discurso en la Facultad de Derecho de la Universidad de Ferrara) y publicar en 1989.

<sup>5</sup> El impulso procesal decisivo de estas páginas lo imprime, como podrá comprobarse con creces, la lección del volumen de Paolo Grossi que en buena parte es relectura, mas a sus cuestiones también ha contribuido el seminario «Comparing Traditions: Rigid and Flexible Legal Systems in the History of Mediterranean Societies» organizado en Venecia los días 26 y 27 de abril de 1999 por el Centro di Studi Mediterranei del Istituto Italiano per gli Studi Filosofici de Nápoles. Por decirlo todo, arranqué en realidad con el motivo del derecho mite o derecho dúctil, pero, aparte la prueba y provecho de dicho encuentro, recalé en el del absolutismo giuridico por más substancioso a mi entender, como argumentaré, en cuanto que tópico.

del derecho y de la historia de preocupación y compromiso constitucionales<sup>6</sup>. Se siente como un atentado contra el constitucionalismo mismísimo. Es un riesgo que se corre de prohijarse la posición, cuánto más de procrearse. Pues estoy en el primer caso, encontrándome entre quienes han dado la bienvenida a la ocurrencia, una extrema minoría<sup>7</sup>, no quiero faltar a la crítica obligada cuando el propio Grossi se produce de forma más cumplida. Por confesarme de la persuasión grossiana, no me comporto de modo escolástico. No voy a interpretar, sino a examinar. Ya que la ortodoxia constitucional no parece dispuesta ni el amago, procuremos ofrecer la heterodoxia jurídica ejemplo de contraste en el diálogo y no sólo en el disenso. Y pues no es que abunden las publicaciones de historia del derecho que trasciendan a la especialidad, de tenerse alguna, no seamos autistas y aprovechemos la comunicación<sup>8</sup>.

A estas alturas, cuando Grossi se acerca a conceder que la expresión en apariencia excesiva de *assolutismo giuridico* pudiera en efecto responder a exageración polémica ya no se cura en salud ante previsiones de este género, sino que se guarda las espaldas frente a recciones más bien sordas pues no se han puesto por escrito<sup>9</sup>. Él se ha tomado el tópico literalmente en serio y en esto sigo también el ejemplo. Pero prevengamos ante todo un malentendido al que realmente se presta. Comencemos concretando eso mismo del absolutismo. Algo nuevo debe ser cuando provoca alarma. Lo es en grado algo relativo porque, como la propia obra de Grossi viene a constatar, se trata de una posición que ya se hiciera viva allá por las postrimerías del siglo XIX y los albores del XX frente al fenómeno de la codificación, pero que con posterioridad y hasta hoy, tras el mismo triunfo efectivo y más todavía doctrinal del planteamiento codificador por nuestras latitudes, se ha perdido casi completamente<sup>10</sup>. Grossi recupera y potencia posiciones menos entusiastas y nada resignadas ante un destino codificado del ordenamiento. Frente a la idea imperante que identifica para el tiempo contemporáneo derecho con ley y con una ley que sea primordial y preferentemente Código, comenzándose por la Constitución, frente a esta composición realmente característica de nuestros medios, Grossi viene a considerar, rescatando y reavivando posiciones críti-

<sup>6</sup> B. CLAVERO, «Ley del Código: Trasplantes y rechazos constitucionales por España y por América», pp. 165 en *Quaderni Fiorentin*, 23, 1994, pp. 81-194, siendo la ocasión de referencia la del capítulo cuarto del libro, originalmente lección doctoral en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona en traducción al castellano de Carlos PETTIT.

<sup>7</sup> P. GROSSI *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 3: «Infischandomi dello scarsissimo successo del mio richiamo, ho invece continuato testardamente a ribadire e sottolineare, negli ultimi dieci anni, quello che a me sembra un grosso culturale, cioè un problema che investe in modo centrale la cultura giuridica moderna».

<sup>8</sup> P. GROSSI (ed.), *Storia sociale e dimensione giuridica: Strumenti d'indagine e ipotesi di lavoro*, Milán 1986; *L'insegnamento della storia del diritto medievale e moderno: Strumenti, destinatari, prospettive*, Milán 1993.

<sup>9</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 5 «quello che io chiamo polemicamente assolutismo giuridico», polémica así la intención y no sólo la recepción.

<sup>10</sup> P. GROSSI, *Il dominio e le cose: Percezioni medievali e moderne di diritti reali*, Milán 1992, pp. 695-748: *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, interesa también a este efecto.

cas, que esta especie de panlegalismo, como le llama también, de lo que resulta síntoma es de un absolutismo, nada más y nada menos <sup>11</sup>.

Puede entenderse el escándalo. No estamos ante alguna reposición de un absolutismo histórico, de alguno preconstitucional, lo que a nadie chocaría. Muy al contrario, tocamos a Constitución. Ponemos en cuestión planteamientos que se tienen por constitucionales e incluso por fundamentales dentro de un determinado constitucionalismo que es el legalista común por nuestros lares. La ley justamente se considera principio de democracia, por parlamentaria; garantía de libertad e igualdad, por general, y medida de certeza y seguridad, por escrita y pública. De esta legislación hablamos aunque no siempre las leyes hayan sido de hecho durante el tiempo contemporáneo ni parlamentarias ni generales ni a veces siquiera debidamente publicadas. Pero dado que tales son, por constitucionales, sus aspiraciones, ¿cómo vamos ahora a decir que la ley cabe que sea expresión de absolutismo por su misma forma y no ya por su eventual contenido, que es cosa distinta? ¿Cabe carga más subversiva en plena línea de flotación de todo un constitucionalismo, el nuestro tan legalista? No son cuestiones que Grossi, porque le motiven <sup>12</sup>, afronte, lo advierto desde un inicio. Son también el motivo del rechazo profundo entre constitucionales, tanto que parece haber repugnancia a la misma posibilidad del debate <sup>13</sup>. Tampoco así se consideran.

Como vienen proclamando los títulos de unos trabajos y ahora se anuncia por el del libro, Grossi se ocupa del asunto en el campo del *diritto privato* o más exactamente de la doctrina iusprivatista que es la que se hace en tiempos contemporáneos, y no alguna constitucionalista, con la responsabilidad del tratamiento de las fuentes y los métodos interesantes a todo el ordenamiento, de cosas así como la ley de determinación política, pero también la costumbre de formación social, la jurisprudencia autorizada por la justicia y la interpretación o construcción doctrinales del sistema. Y lo hace Grossi con respecto a problemas substantivos de derecho privado y no del constitucional o ni siquiera del público más genérico <sup>14</sup>. Si su libro se ocupa de *diritto pubblico*, no es

<sup>11</sup> Interesante también a este propósito es el homenaje en el disenso que rinde al amigo común: P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, en B. CLAVERO, *Tomás y Valiente: Una biografía intelectual*, Milán 1996, pp. VII-XXXVI, particularmente XXXII-XXXVI.

<sup>12</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 21: tras la Ilustración y con el *Code* «cominciò il plagio sottile (...) secondo cui la legge rappresentava l'atteggarsi autenticamente moderno del diritto, forma necessaria e garanzia suprema in una società evoluta, dove il principio di stretta legalità, cementato con i principii immortali della divisione dei poteri e della rigorosa gerarchia tra le fonti, assumeva un insuperabile valore costituzionale», esto de constitucional entre apóstrofes de cuestionamiento.

<sup>13</sup> F. TOMÁS Y VALIENTE, mostrándose dispuesto, fue precisamente una excepción más destacable por cuanto que menos compartía la visión: B. CLAVERO, *Tomás y Valiente*, remisiones de la voz *Absolutismo jurídico* en el índice de materias. A su memoria dedica Paolo GROSSI *Assolutismo giuridico e diritto privato*.

<sup>14</sup> Hay una pequeña salvedad que no se incluye en el volumen precisamente por no privatista (*Nota prefazionale*, p. VIII): P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale: A proposito di recenti appuntamenti carrariani e della ristampa de la «Parte generale» del «Programa del corso di diritto criminale» di Francesco Carrara*, en *Quaderni Fiorentini*, 24, 1995, pp. 469-475. Que pueda aquí también interesar, ha entendido alguna otra excursión por terreno no privatista:

por sí, sino porque entiende que la conversión en tal del propio orden privado o su monumental expropiación entonces por parte del legislador constituye efecto del presunto absolutismo. Dada la exclusiva de la fuente, toda la codificación resultaría en dicho sentido derecho público. Sería el efecto nada democrático de un más que dudoso constitucionalismo<sup>15</sup>. También se encarece el asunto por la importancia materialmente *constitucional* y así pública que el derecho privado alcanza con la codificación<sup>16</sup>. Mas la materia del libro es ésta, la privada.

Grossi se dedica concretamente en este volumen a confrontar la corriente doctrinal que trata del objeto en singular, de una fuente, la ley, y un método, la exégesis, a partir y en base de los mismos juristas que problematizaron internamente tamaño autismo. Así tenemos estudios incisivos de los planteamientos más ricos, entre otros, de François Gény y de Raymond Saleyilles por Francia o de Filippo Vassalli y de Tullio Ascarelli por Italia, de juristas bien significados en el examen de conciencia, si no siempre en el propósito de la enmienda, ante la reducción legislativa del derecho. Quedamos situados con ellos en el interior del mismo mundo de la codificación, bien que en los intersticios que se dilatan y en las costuras que se tensan y casi estallan, pues esto es lo que justamente le interesa a Grossi y no la impugnación global o confrontación exterior al propio Código, no el estallido de la trama. Reitera protestas de bondad de la ley e incluso de virtud de la codificación si se salvan del extremo de identificarse con el Derecho<sup>17</sup>. En fin, con retratos vivos de las obras de unos juristas, tenemos un panorama renovado de la insatisfacción de la doctrina más consciente ante la carencia y el exceso del orden codificante bajo el que nos situamos.

---

P. GROSSI, *Stile fiorentino: Gli studî giuridici nella Firenze italiana, 1859-1950*, Milán 1986. Importa desde luego más a la materia P. GROSSI, «*La Scienza del Diritto Privato*»: *Una rivista-progetto nella Firenze del fine secolo, 1893-1896*, Milán 1988, que parece el verdadero laboratorio de donde se precipita la ocurrencia del absolutismo. Fue un desgajamiento de *Quaderni Fiorentini*, 16, 1987, *Riviste giuridiche italiane, 1865-1945*.

<sup>15</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 3-4: «La società civile continuava ad essere depositaria della produzione giuridica soltanto nella favola-finzione della democrazia indiretta sbandierata dalla ossessione apologetica filo-parlamentare, ma nell'effettività ne restava clamorosamente espropriata; il diritto veniva sradicato dalla complessa ricchezza del sociale per legarsi a una sola cultura, impoverirsi e identificarsi sgradevolmente nella espressione del potere e della sua classe detentriche»; p. 21: «Con riguardo all'ampio pluralismo giuridico preesistente la codificazione rappresentò un esproprio: il diritto privato da diritto dei privati si cambiò radicalmente nel diritto pubblico avente per oggetto i rapporti fra privati».

<sup>16</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 4: «Per l'ordine giuridico borghese il diritto privato assume infatti una valenza che, prima, assolutamente non aveva: valenza costituzionale, squisitamente fondativa di quell'ordine. Proprietà e contratto, divenuti ormai cardini anche politici del nuovo regime, non potevano essere rimessi a un ricco e incontrollato proliferare di usi».

<sup>17</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 5-6: «Si badi: nessuno intende mettere in dubbio il ruolo rilevante della legge nel complessissimo ordine giuridico moderno, tanto meno in questo nostro attuale; e nemmeno il valor del principio di legalità (...). Ripetiamolo: quando io parlo di assolutismo giuridico, non intendo ingenerare diffidenze o, tanto meno, disprezzo della legge»; p. 9: «nostro eccellente Codice civile» salvo por la premisa *panlegalista*.

Es cuestión que toca a codificación, pero con unas implicaciones inmediatas de orden constitucional tan persistentes como postergadas. No es justo esperar de un libro lo que el mismo no anuncia ni se propone ofrecer. Suficiente es lo que brinda un título, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, como para que mostremos desencanto. A partir de ahora, puede decirse lo más que cabe de una publicación y esto es que el estado de la cuestión ya es otro. Ya no será de recibo, tras el volumen de Grossi, mantenerse pacíficamente, sin debate expreso, la presunción legalista de la codificación contemporánea en general y del derecho privado en particular. Pero entiendo que hay más, eso cuya consideración sería ya abusivo, con todo lo que ofrece, pedir al mismo libro. Me refiero a la implicación o a la verdadera trascendencia constitucional histórica y actual de tal planteamiento, a las preguntas susodichas. Dada la aportación de Grossi y compartiéndola en substancia, quiero tomarla como base para forzar el debate en el mismo campo constitucionalista que resulta neurálgicamente afectado<sup>18</sup>. Creo que es forma de hacerle justicia no dedicarme a la glosa pedisecua. Si alguien quiere o aún precisa mayor explicación sobre los planteamientos grossianos, el autor la ofrece mejor que nadie. Ahí está su volumen para la lectura o más bien las lecturas que merece. La mía sólo es una y no pretende más.

Podría emprender otras que tampoco se limitaran al puro comentario, alguna incluso menos actual y más histórica. El título de Grossi no sólo está proponiendo la existencia de un absolutismo de tiempo constitucional, sino que también puede, al identificarlo con formas contemporáneas, estar planteando la inexistencia de algo semejante respecto a la época donde usualmente se le tiene precisamente por vivo, la edad preconstitucional más inmediata que puede contrastar con el propio constitucionalismo entonces, conforme a la imagen que efectivamente genera y cultiva, antiabsolutista. Es cosa que se sugiere de modo expreso<sup>19</sup>. La carga en profundidad puede así afectar a toda una composición histórica a la par que constitucional hoy no menos imperante. Mas tampoco Grossi se adentra ahora por esta implicación. El mismo contraste no se resalta por su obra reciente, por la coetánea a ésta de identificación y tratamiento de un *absolutismo*. Mientras que estudios suyos anteriores han potenciado la visión de un orden histórico de signo profundamente no legalista penetrando en tiempos modernos hasta las mismas vísperas

<sup>18</sup> He presenciado su planteamiento por parte de los mismos civilistas de sensibilidad constitucional en el seminario sobre *Propiedad privada y absolutismo jurídico* celebrado por Paolo GROSSI en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla el 25 de mayo de 1998 (*Nota prefazionale*, p. IX).

<sup>19</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 21: «Questo assolutismo giuridico è soltanto un frutto storico, temporalmente e spazialmente limitato, ignoto al diritto dell'antico regime prima della chiusura della cerniera codificatoria, ignoto all'area della genuina tradizione giuridica di *common law*»; p. 264: «nell'esperienza medievale ma anche per tutto l'antico regime era stato (il diritto) una realtà complessa che emergeva in una infinita pluralità di usi e che maestri giudici notai si incaricavano di ordinare»; y en *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, p. 695: lo primero sucede «ad un sostanziale e sentito pluralismo giuridico imperante nel colmo della civiltà medievale e di poi mai smentito sino alla fine dell'antico regime».

constitucionales, la exposición del conjunto que ha seguido luego parece recluirlo a tiempos medievales apuntando incluso un anticipo de la sustitución entre sistemas<sup>20</sup>.

No entro ahora, con toda su problemática, en esta vertiente más histórica del asunto cuyo interés ya ha sido además señalado respecto a la obra del mismo Grossi<sup>21</sup>. Y no lo hago constándome que es importante para la comprensión de su misma sensibilidad ante el absolutismo o de su mismísima capacidad de identificarlo, si comprobamos que existe. Sabido es que Paolo Grossi proviene del estudio en profundidad de un sistema histórico donde podía la jurisprudencia presidir sistemáticamente sobre las normas de determinación política o la costumbre llegar incluso a la conformación de espacios autónomos propios. Si otra imagen viene imponiéndose desde el siglo XIX y todavía prevalece en el propio seno de la historiografía jurídica, es porque la verdadera novedad de la ley como derecho puede sentirse entonces en precario y retroproyectarse en busca de legitimación histórica. Veremos que tal cosa podrá ocurrir precisamente por razón de que el nuevo sistema de este signo legalista no se encuentra muy firme ni seguro en el seno de un orden constitucional. Pero es de esto último de lo que voy a interesarme y no de toda la vertiente anterior tan importante así también para el planteamiento del asunto. El mismo *Assolutismo giuridico e diritto privato* no se ocupa especialmente de dicho flanco más histórico inmediato<sup>22</sup>.

Mi cuestión es la actual que tampoco resulta ajena al trabajo de Grossi por razón de que no la trate de frente en cuanto que constitucional estricta. Desde la fase anterior a la propia identificación de la temática del absolutismo, su obra más histórica ya se movía por la preocupación cultural ante un orden contemporáneo incapaz de hacerse cargo ni de dar cuenta de las manifestaciones del derecho más irreductibles al paradigma codificadorio, las principales además en la historia<sup>23</sup>. He aquí una confrontación de fondo que no ha hecho

<sup>20</sup> Para lo uno, baste un solo registro de su primera producción: P. GROSSI, *Locatio ad longum tempus: Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Nápoles 1963, para lo otro, P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, con traducción inmediata al castellano iniciada por F. TOMÁS Y VALIENTE y recogiendo el testigo Clara ÁLVAREZ, *El orden jurídico medieval*, Madrid 1996.

<sup>21</sup> Jesús VALLEJO, *El vértigo de los mil años*, en *Revista de Libros*, 13, 1998, pp. 11-13. Para otra lectura, con el mérito de manifestar la recepción más común, cuestionamiento del absolutismo inclusive, Mario ASCHERI, *Eine mittelalterliche Rechtsordnung, für heute?* y *Ordine giuridico senza Stato? Tra miti e fraintendimenti*, en *Rechtshistorisches Journal*, 15, 1996, pp. 51-65 y 360-372; original del primero, sin interrogante en el título, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 50, 1996, pp. 965-973.

<sup>22</sup> Podría esperarse del título del capítulo octavo, *Un diritto senza stato*, pero, como ya especifica el subtítulo, *La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*, la confrontación de un *assolutismo* contemporáneo se plantea respecto a orden que se dice medieval quedando una cierta nebulosa intermedia, lo que es común substancialmente a otros contrastes retrospectivos del propio volumen y está claramente en la línea del *Ordine giuridico medievale*.

<sup>23</sup> B. CLAVERO, *Las cosas del dominio: Lección de Paolo Grossi*, p. 624, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 62, 1992, pp. 623-632.

sino acentuarse cristalizando finalmente en nuestro asunto del absolutismo. Aunque el libro de Paolo Grossi no lo exprese de este modo salvo bastante incidentalmente<sup>24</sup> me atrevo a decir de entrada que se trata igualmente para él de una preocupación de índole constitucional, de libertades en suma. Como tal la entiendo y hago mía. Insisto en esto también para que nadie piense que intento constituirme en intérprete de quien no lo necesita pues vaya si tiene voz propia y obra por delante para seguir sorprendiéndonos.

Lo que sigue no podría haberse ni siquiera pensado sin el estímulo de la lectura de las páginas de Grossi, pero quiere precisamente contrastarlas en el extremo que creo más sensible, el constitucional. Como es la piedra de toque del escándalo, procedo a tropezar y darme de bruces. Voy en un primer acto a situarme junto a Grossi, a aprovechar su obra para ubicarnos, lectores y lectoras (apartado 2); en uno segundo, a ofrecer mi propia visión de un escenario, a perfilar una perspectiva nada contraria, al menos en el resultado, a la suya (apartados 3-5); en el tercero y último, a porfiar en el argumento, a extremar incluso el motivo del *assolutismo giuridico* respetando la exclusiva de Paolo Grossi (apartado 6).

## 2. LA POSE CONSTITUCIONAL DE LAS EXÉGESIS Y SUS RESULTAS NO CONSTITUCIONALES

Si hay un *absolutismo* en la historia, concedamos que lo produce la identificación del derecho con la ley en sentido y tiempo contemporáneos, como especie de ordenamiento de determinación política, sea parlamentaria u otra, como norma producida entonces por el Estado. Por mi parte es cosa que concedo con pleno acuerdo de partida. También lo tengo respecto a una ubicación principal. La expresión paradigmática se encuentra en el *Titre préliminaire* del *Code Napoléon*, en unos preliminares del Código por excelencia, el francés y civil que es más que francés, por su propagación, y más que civil, por su arranque con dicho título. El mismo *Code* ha sido vehículo de difusión del paradigma por algunas partes del universo mundo, comprendiéndose nuestros lares, los italianos como los españoles. Porta consigo la identificación entre ordenamiento y ley con la consiguiente reducción de la justicia a cometido de aplicación legislativa sin capacidad propia de determinación normativa.

<sup>24</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 367-368: «Ma l'odierno giurista –mi riferisco, ovviamente, al privatista–, che resta, silenziosamente ma pervicacemente, uno statalista e un legalista, che si riconosce ancora nell'inosopportabile brocardo dell'interprete *servus legis* e *vox legis*, che è abbastanza insensibile al pluralismo della nostra carta costituzionale, sembra appagato e tranquillizzato dall'ombra protettiva del legislatore. E i costi di questo misoneismo sono la crisi del diritto che abbiamo, ohimé!, quotidianamente di frontai nostri occhi»; pp. 9 y 192: el régimen de fuentes de la codificación contrasta «con i valori pluralistici della Costituzione repubblicana» o no satisface ahora «il principio costituzionale della sovranità popolare»

La expresión paradigmática se encuentra en Código, no en Constitución. Son juristas más bien civilistas y no constitucionalistas quienes se hacen eco y portavoces antes que cargo e intérpretes. El campo de estudio de Grossi comienza por estar bien elegido al propósito que abriga. Su objeto no es la *école de l'exégèse*, toda esa entera corriente más que francesa de tratamiento devoto de la codificación en particular y de la ley en general como orden suficiente. Tampoco constituye materia suya el conjunto de presupuestos ni siquiera inmediatos, el propio *Code* más que civil, el complemento de otros códigos y todo el abono previo de la Revolución francesa que crea la condición más precisa de un Estado unitario de poderes centralizados. Ni es tema suyo directamente un constitucionalismo, el de tal matriz francesa, que se acomoda sin mayores problemas o realmente sin ninguno, por cuanto que se identifica con la política y no con el derecho, no tomándose en serio a efectos normativos propios ni siquiera la ley. Le importa como expresión de poder. Su cuestión, la de Grossi, es directamente ésta, la de miserias de una fuente, según particularmente se acusa por quienes más experimentaron y peor sufrieron la reducción legalista del ordenamiento, unos privatistas, tanto civilistas como mercantilistas, y no unos constitucionalistas.

Se afronta por un par de escenarios similares, pero no idénticos, el francés paradigmático y el italiano entonces, si el primero marca la perspectiva, no tanto. A Italia, como a España, ya se sabe que la propaganda alcanza bastante antes que el sistema y que este mismo no llega además a terreno tan abonado. Hay Estados esforzadamente unitaristas con poderes en teoría centralizados, como los nuestros pretéritos, que no sólo se encontraron con la inercia menos revolucionaria de una cultura jurídica más laxa por cuanto que confería atención y concedía entrada a la jurisprudencia judicial y a la costumbre social a efectos tanto doctrinales como prácticos, sino que también se toparon por la misma época del establecimiento de la codificación propia con pulsiones más contemporáneas hacia una pluralidad, hacia otras líneas de resistencia frente a la reducción, de carácter tanto territorial como social. Cuando la ley del Código llega para estos Estados ya puján también unas corrientes particularmente centroeuropeas que la ponen en cuestión por razones varias y en especial por esa última de unos requerimientos sociales<sup>25</sup>. El tiempo no juega exactamente a favor de la codificación. Conforme avanza el siglo sin revoluciones para otros casos equivalentes en alcance a la francesa, puede su cuestión resultar más vejada, aunque otra cosa venga a presumirse como si el Código fuera el destino<sup>26</sup>.

<sup>25</sup> Luigi LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milán 1967, pp. 201-370; P. GROSSI (ed.), número monográfico de *Quaderni Fiorentini*, 3-4, 1974-1975, *Il «socialismo giuridico». Ipotesi e letture*.

<sup>26</sup> Carlo GHISALBERTI, *La codificazione del diritto in Italia, 1865-1942*, Bari, 1985; pero también Cesare SALVI, *La giusprivatistica fra codice e scienza*, en Aldo SCHIAVONE (ed.), *Stato e cultura giuridica in Italia, dall'Unità alla Repubblica*, Bari, 1990, pp. 233-273. Para España, sobre similar presunción, Juan BARÓ, *La codificación del derecho civil en España, 1808-1889*, Santander 1993.

Pero no se abren por ello las estrecheces de la codificación. Reductivo resulta todavía el planteamiento preliminar del Código civil italiano en 1865. No hay más derecho que la ley y la justicia es su secuela según también las premisas del *Codice*. Representa el mismo un cierre legislativo muy superior, por completo, al de los propios códigos preunitarios. Una jurisprudencia, la prudencia del derecho tanto judicial como doctrinal, va a encontrarse con el compromiso de hacer valer la ley en el contexto menos favorable de la Italia entonces apenas unida y escasamente integrada. Los tribunales como los juristas van a mostrarse más sensibles a planteamientos menos excluyentes en este campo de las fuentes del derecho. Mas se trata de una sensibilidad más bien acomodaticia y transitoria. A la hora de la verdad, pese a la constancia de requerimientos sociales y al conocimiento de alternativas doctrinales, se impone la ley y una ley centralizada bloqueando otros horizontes<sup>27</sup>. Viene en definitiva a establecerse, como Grossi dictamina, el *assolutismo*.

No se trata de una imposición bruta. Ahí está nuestro asunto constitucional. El propio Grossi, aunque no lo aborde como tal, no deja desde luego de ilustrarlo. Entre todos aquellos avatares, tal absolutismo también se defiende en el campo del constitucionalismo. En el perno entre siglos, el XIX y el XX, puede haber quien concede que la jurisprudencia «potrebbe astrattamente ammettersi tra le fonti del diritto» para añadir enseguida que «il principio costituzionale odierno della divisione dei poteri legislativo e giudiziario vi si oppone» hasta el punto esto de que, dada dicha exigencia constitucional de separación entre producción y aplicación de derecho, la misma ley «è legge anche se immorale o incostituzionale», incluso si contraria a otros presuntos principios constitucionales puesto que la justicia no tendría en caso alguno capacidad para apreciarlos. Esta especie de reducción al absurdo, pues no al imposible, no constituye la posición aislada de algún jurista suelto, sino el paradigma común de la doctrina imperante. La hipótesis de admisibilidad de la costumbre como fuente puede también darse con la puntualización inmediata de que «contraddirebbe al nostro sistema costituzionale che, necessariamente, ha dovuto dare la prevalenza alla legge scritta, considerando questa come l'unica fonte del diritto positivo». Y no vale tampoco argüir que en casos concretos la costumbre pudiera suponer alguna pauta substantivamente más justa que la representada por la ley. Se nos asegura entonces que esta exclusiva, la legislativa, es de necesidad constitucional estricta<sup>28</sup>.

El caso español se mostró aún más sensible que el italiano, pero viniendo también a resultados casi tan rígidos. No sé si resulta más significativo, pero ahí está. Sensibilidad muestra incluso el mismo *Código*. En 1889, su título

<sup>27</sup> Umberto ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana: Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, Bolonia, 1989 pp. 250-257; Pietro COSTA, *L'interpretazione della legge: François Géný e la cultura giuridica italiana fra ottocento e novecento*, en *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991, *Gény e la scienza giuridica del Novecento*, pp. 367-495.

<sup>28</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 396 y 405-406, citando, respecto a la jurisprudencia, a Lando LANDUCCI (1990), y a la costumbre, a Gian Pietro CHIRONI (1904) y Francesco DEGNI (1906).

preliminar es de planteamiento legalista, pero admitiendo costumbre como fuente distinta por consideración a un pluralismo jurídico de manifestación territorial. En cuanto a requerimientos sociales desentona menos, pues su insensibilidad es absoluta. Previamente, durante el siglo XIX, no ha habido de hecho en España un régimen centralizado de ley<sup>29</sup>. Entre siglos hay además una doctrina muy refractaria a la reducción legislativa del ordenamiento y de la justicia por razones incluso expresamente constitucionales. Para las limitaciones sociales de un sistema parlamentario por entonces y para la propia dinámica oligárquica de la representación política, se consideraba que una costumbre no sólo concurrente con ley, sino también abrogante de ella, podía resultar más representativa de forma y más democrática de fondo que la legislación misma. No es hasta entrado el siglo XX, hasta los años veinte, que logra predominar doctrinalmente en España el paradigma de la codificación, aun en forma por aquí nunca absoluta por haberse mitigado la postura del propio Código<sup>30</sup>.

El paradigma no es histórico solamente. Quiero decir que no es algo superado hoy con determinación de propósito y conocimiento de causa. Por ello también le importa a Grossi, quien no deja de poner de relieve la resultante actual de inconsciencia incluso entre constitucionalistas<sup>31</sup>. El mismo hecho de la reducción legalista del ordenamiento suele pasar por lo común más desapercibido ahora que se ha impuesto y que también ha venido por regla general, incluso en Francia, mitigándose. En particular, el propio constitucionalismo no ha saldado cuentas con la imposición del paradigma legalista ni se hace cargo de su resistencia como algo que le ataña por afectar a principios y procedimientos de tal precisa categoría, la constitucional. Entiende incluso que esto del legalismo es algo perfectamente democrático en principio, aun precisando algún correctivo procedimental por consideración debida a garantía de libertades incluso eventualmente frente a ley. Bastaría repasar manuales y cursos para hacerse la comprobación de toda una inconsciencia que está a la vista pues no ve razón para recatarse.

Pueden plantearse procesos constituyentes, como el español de 1978, o de reforma constitucional, como la del último intento italiano, sin que de parte constitucionalista se cuestione el problema de fondo de la identificación, si no ya excluyente, al menos predominante de ordenamiento con legislación, con norma general o ahora también regional determinada siempre por poder político. Unas Constituciones siguen sin entender que la materia de fuentes, toda ella y no sólo la ley, es de orden constitucional y no solamente civil ¿No va a serlo que se admita por ejemplo la costumbre por sí misma y no por determi-

---

<sup>29</sup> Marta LORENTE, *La voz del Estado: La publicación de las normas, 1810-1889*, la obra a estos efectos fundamental a mi juicio ahora, por publicar cuando escribo.

<sup>30</sup> B. CLAVERO, *El Método entre infieles o el Código en España*, en *Quaderni Fiorentini*, 20, 1991, pp. 271-317; C. PETIT, *El Código inexistente*, I, *Por una historia conceptual de la cultura jurídica en la España del siglo XIX*, y II, *Por una arqueología de la civilística española*, en *Anuario de Derecho Civil*, 48, 1995, pp. 1429-1465, y 49, 1996, pp. 1415-1450.

<sup>31</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 282-284 y 365-368.

nación y bajo dependencia legislativa? La misma entrada de una jurisdicción y así de una jurisprudencia constitucionales potencialmente correctivas de legislación, con competencia sobre la misma, se produce ahora por vía similar de institución centralizada y no por la menos intervenida de la justicia ordinaria o justicia sin más. También hay posibilidad de construcción y no sólo de interpretación del ordenamiento de base legislativa por parte de la jurisprudencia judicial, pero centralizándose igualmente. El control por ley sigue en buena parte activado y resulta para el resto activable frente a las propias mitigaciones admitidas. Y es raro por nuestros lares el constitucionalismo advertido. Algo hay. Ahí ha venido la misma ocurrencia de un *diritto mite*, de un derecho dúctil por menor servil a la determinación política y más a los derechos constitucionales<sup>32</sup>.

La advertencia tampoco es que sea nueva. Que la reducción legalista del derecho es asunto de trascendencia constitucional puede resultar algo sabido desde el momento mismo de la propia imposición. Bastaría recordar en España la postura bien explícita del jurista más sensible de entre siglos, Gumersindo de Azcárate. No estando el terreno abonado y planteándose el debate, era constitucionalmente como podía razonar una oposición lo mismo que una defensa de la codificación<sup>33</sup>. Y por igual se encuentra la conciencia en Italia. Tullio Ascarelli, jurista también sensible a las limitaciones del ordenamiento de disposición política por cifrarse en ley y que miró en consecuencia a la necesidad de flexibilizarlo mediante el recurso al alcance entonces de la doctrina, el de la interpretación, pudo señalar y subrayar que todo esto y en especial así lo último, un método activo, afecta «alla struttura costituzionale». Dejó escrito que «la técnica dell'interpretazione è appunto il risultato di una concezione costituzionale, dalla quale poi dipende l'ammissibilità o l'inammissibilità, nelle varie ipotesi, del ricorso ai vari criteri, anche quando, come spesso avviene, il sistema sia muto al riguardo, e la loro portata quando disciplinati, riuscendone così determinato il grado di elasticità del sistema». Aunque suela el constitucionalismo ignorarlo con su indiferencia, es cuestión suya hasta esta misma de *elasticità* o ductilidad del sistema<sup>34</sup>.

La cuestión es constitucional a pesar entonces del mismo constitucionalismo, pese a la discreción de las propias Constituciones, que suelen limitarse a contemplar el procedimiento legislativo de determinación normativa sin otras cuestiones de identidad para la propia ley, como pese también al descuido proverbial de la doctrina constitucional, la cual, aun si llega al fin a tratar de fuen-

<sup>32</sup> Además del *Profilo di storia costituzionale italiana* de Umberto ALLEGRETTI, con su expresivo subtítulo, *Individualismo e assolutismo nello stato liberale*, cabe registrar así a Gustavo ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: Legge diritti giustizia*, Turín 1992, con dicho mérito desde luego, pero véase también la incompreensión que acusa un autorizado escoliasta precisamente español: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid. 1994, pp. 157-173.

<sup>33</sup> B. CLAVERO, *El Método entre infieles*, pp. 290-296; *Ley del Código*, pp. 117-130, con la comparecencia debida, entre otros, de Gumersindo de AZCÁRATE.

<sup>34</sup> Tullio ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milán, 1952, p. XXXIII, citado igualmente por P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 365-366.

tes, no viene a cuestionar la impresión recibida de soledad de una o pocos menos. Cuando digo que hay cuestión y debe haber cuestionamiento, no me refiero ahora a la existencia de unos recursos doctrinales y judiciales con sus posibilidades de elasticidad ni al requerimiento de alguna ductilidad por parte del propio constitucionalismo hoy particularmente manifiesta en la eventualidad de un control jurisdiccional de la ley, sino al problema que entiendo más de fondo de la legitimidad misma del sistema básicamente legalista desde la propia perspectiva constitucional de los derechos de libertad y no de otra, esto que trato. ¿Representa en verdad, como se nos asegura, la separación de poderes una regla que justifique como principio de partida la reducción legislativa del ordenamiento? ¿Hay otros argumentos de tenor constitucional que puedan brindar cobertura? ¿Basta la discreción tradicional de unas Constituciones y los correctivos que hoy suelen añadir las mismas para dar por legitimado un tal principio de base o verdadero firme de partida?

Esto último suele entenderse hoy, pero la discreción de unos textos constitucionales no ha bastado ayer. La doctrina ha podido verse ante la necesidad de la legitimación por la misma evidencia de secuelas aberrantes del propio legalismo que hoy vienen corrigiéndose. Advertidos por Grossi, lo hemos visto en el jurista intersecular italiano que defendía por constitucional la separación de poderes hasta el punto de admitir la eventualidad entonces incorregible de leyes nada constitucionales. Consciente de la exorbitancia, quiso incluso sentar el constitucionalismo de la posición, la legalista en toda regla del propio *Codice*, invocando no la Constitución italiana vigente entonces, sino el ejemplo francés, «la prattica (della divisione dei poteri) anche piú rigorosa fattane in Francia» por efecto paladino de un «odio al passato» que venía aplicándose tanto a costumbre como a jurisprudencia<sup>35</sup>. El Estado vecino de Italia como de España ofrecería no sólo inspiración y aleccionamiento, sino también cobertura y directriz. Obsérvese la operación. No es un salto en el vacío. Ni estamos ahora ante un mero ejercicio de retórica. Una invocación que a un tiempo se remite a práctica presente y a origen histórico, a la Revolución en suma, resulta de una autoridad normativa de alcance aún constitucional fuera incluso de la misma Francia. Cabe constitucionalmente, como ha cabido, un sistema de signo legalista que no sólo traiga causa de la Revolución francesa, sino que también y sobre todo le deba crédito. —

<sup>35</sup> L. LANDUCCI, *Tratatto storico-teorico-pratico di diritto civile francese ed italiano. Corso di diritto civile francese secondo il metodo dello Zachariae largamente ampliato e completamente rifiuto per opera degli avvocati C. Aubry e C. Rau. Versione italiana arricchita di nozioni storico-teoriche dall'origine di Roma al di nostri, della giurisprudenza e della legislazione francese dell'ultimo trentennio e coordinata ad un Trattato di diritto civile italiano con ampio corredo della patria giurisprudenza*, vol. 1, *Diritto e fonti. Retroattività e interpretazione delle leggi. Diritto internazionale privato. Storia del diritto romano, canonico, intermedio e moderno*, Turín 1990, p. 288, citado también por P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 394-398. Y reproduzco unos títulos completísimos para que pueda apreciarse de paso la resistencia de mentalidad no legalista en el propio terreno y la misma posición del legalismo.

Existe así por lo visto una zona común no sólo de cultura jurídica, sino también de derecho efectivo, nada menos que de principios constituyentes, entre los cuales figuraría el de una forma de separación de poderes que dejara a la ley plena capacidad para determinarse por sí misma y situara a la justicia como dependencia suya a los efectos normativos. No es algo que haya entonces de fundamentarse en Constitución propia, pues se entiende que pertenece a un acervo superior al que el propio Estado y el ordenamiento todo se deberían. Nada menos que la *civilización* estaría requiriendo la adopción y práctica de tales principios. Sería cosa propia de los «popoli civili», «popoli moderni» o «popoli costituzionali» y así exigencia específica para los «moderni Stati costituzionali» o «Stati liberali moderni». Resultan Estados obligados a constituirse conforme a una separación de poderes depresiva de la justicia y por medio de una codificación reductiva del derecho. El modelo en el sentido más estricto lo constituye Francia<sup>36</sup>.

Insisto en que es asunto no solamente de origen histórico, sino también y a un tiempo, mediando una cultura de alcance por sí misma normativo, de crédito constitucional y esto además no sólo probadamente pretérito, sino incluso probablemente actual. Puede que estemos ante una derivación hoy todavía operante, con correctivos y todo, aunque menos se exponga y así evite la descubierta. Tiene ahora mejor conciencia. En Italia regía entonces, cuando se producían dichos comprometidos pronunciamientos, una Constitución, la de 1848 de procedencia sarda o piemontesa, en la que, por principio monárquico, no cabía fundar un entendimiento semejante de la separación de poderes, aquel que pudiera legitimar sin más el paradigma legalista. Puede haber luego en la misma Italia, desde 1948, otra Constitución que, por razones bien distintas, las de reconocimiento y garantía de derechos de libertad, tampoco sirva para una tal fundamentación primaria. Pero antes y ahora existe una cultura que se tiene por constitucional con origen común en la Revolución francesa a la que puede conferírsele tal papel en el fondo normativo y así constituyente de todo un paradigma, el de la identidad legislativa del derecho. Se trata con esto de una legitimación no meramente pasiva, sino bien activa por productora de ordenamiento, modulando el propio sistema constitucional en vigor, si no incluso a la contra del mismo.

La pauta la ha marcado naturalmente *l'exégèse* genuina, la doctrina patria del *Code*, la privatista vinculada en forma directa al mismo, y no algún constitucionalismo. De ella proceden posición e incluso expresiones, como las italianas dichas. De ahí vienen argumentos que identifican origen y legitiman de paso sistema: «On admettait autrefois que la loi pouvait être abrogée par un usage contraire», pero esto, pensable «sous une monarchie absolue, où la loi n'est que l'expression de la volonté du chef de l'Etat, ainsi que dans un gouvernement démocratique, où elle est votée par la généralité des citoyens», resulta en cambio «incompatible avec des Constitutions qui établissent la division des pouvoirs». Y el confín del *autrefois* también queda ahí bien trazado:

<sup>36</sup> L. LANDUCCI, *Tratato di diritto civile italiano*, vol. 1 citado, pp. 27, 28, 32, 41, 46 y 49.

«Les principaux éléments du Droit français actuel consistent dans les actes émanés du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif depuis 1789», momento así genésico, el de la Revolución<sup>37</sup>. Adviértase además, por lo ya visto y por lo que veremos, que la abrogación de ley por costumbre se reputa, al rechazarse, democrática, pues la determina la misma sociedad que elige en dicho caso al órgano legislativo, y que los poderes generativos de derecho se entienden el *pouvoir législatif* y el *pouvoir exécutif*, sin mención para la justicia.

Aún en términos entonces positivos, es todo un retrato redondo del propio *assolutismo giuridico* que ahora se acusa. La misma *exégèse* traza un escenario común a la posición contraria. La imputación resulta compartida por la impugnación. Ayer como hoy, hace un siglo como ahora, la Revolución francesa sería responsable, trámite la codificación, del sistema legalista. El mismo Paolo Grossi ha venido a la temática del absolutismo reaccionando ante la celebración del bicentenario. Estamos así ante un punto en el fondo de acuerdo. La diferencia se produce por la bondad que se presume y encarece o la maldad que se diagnostica y recrimina a la Revolución. La calificación es ulterior naturalmente a la identificación. Creo que convendrá ocuparse de lo segundo, lo originario, el acontecimiento revolucionario, antes que de lo primero, lo derivado, su descalificación absolutista o su cualificación constitucional, o esto que ha imperado y aún persiste.

Hoy todavía, ante casos de ductilidad judicial o frente a planteamientos de laxitud doctrinal, suele invocarse la separación de poderes que prima a la ley, este concreto entendimiento de la misma, y recordarse todavía, como argumento de valor presuntamente constitucional, su origen histórico en la Revolución francesa. Ante la propia dificultad de sustentar en todo caso el predicamento de la legislación de cara especialmente a la justicia bajo Constituciones que, como en Italia y en España, lo que están hoy primando son derechos de libertad, vienen incluso a reverdecen unos discursos, el genérico de democracia política y el particular de tradición jurídica, en tal dirección concurrentemente legalista. La soberanía popular expresada mediante ley sería el imperativo constituyente del sistema en general y el logro constitucional de la historia propia en especial. Sigue sin ser todo esto mero ejercicio de retórica. Es argumento de pretensión normativa y alcance constituyente por encima incluso de Constitución<sup>38</sup>. En concreto, la sujeción de la justicia a la ley, del pronunciamiento jurídico a la determinación política, encuentra su último apoyo por nuestros medios en el tópico realmente manido de la determinada separación de poderes atribuida a la Revolución francesa como hito fundacional al que nos deberíamos. De ahí provendría para nuestras latitudes dicho

<sup>37</sup> Charles AUBRY y Frédéric Charles RAU, *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae* (1839-1841), quinta edición al día por otras manos, París 1897-1922, vol. 1, pp. 10 y 96-97. Es obra más constructiva que lo habitual en la exégesis y de cuya traducción se ha visto que precisamente parte el *Tratatto* de LANDUCCI.

<sup>38</sup> B. CLAVERO, *Los derechos y los jueces*, Madrid, 1988; versión italiana parcial, sólo de la parte histórica y no de esto último actual, *Lo spazio dei diritti e la posizione dei giudici tra costituzione e codice*, en *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 19, 1989, pp. 95-129.

principio que se entiende de soberanía popular cuya institución sería la parlamentaria y cuya manifestación, la legislativa. De tan a la vista y también tan al oído todo esto, no parece cosa que necesite documentarse.

La Revolución francesa no resulta todavía en su misma trascendencia constitucional un suceso histórico exclusivamente. No me refiero ahora a la circunstancia de que su primera manifestación constituyente, la *Déclaration des Droits de l'Homme* del verano de 1789, haya recobrado y guarde valor como norma fundamental en Francia bajo la actual Constitución, la de 1958<sup>39</sup>, lo cual viene conduciendo a verdaderas desvirtuaciones de evidencias históricas a fin de que un texto vetusto pueda tener sentido admisible a nuestras alturas. Ha de comenzarse por el rizo de la inteligencia del propio título para que el término de *homme* signifique también mujer<sup>40</sup>. No me refiero a esto, sino al fenómeno de mucho mayor calado de la autoridad constituyente endosada a dicha misma Revolución por vía menos reconocida de mitología de cultura para un radio más amplio que el francés, con las desvirtuaciones que entonces puedan producirse no a efectos tan sólo historiográficos, sino también a los constitucionales, para que unas pretensiones de otro signo así cuenten con la cobertura y se sirvan del motivo. Es lo que hemos detectado y lo que quiero contrastar.

El mito sería el del legalismo acabado de la Revolución francesa o más bien de momento, pues el contraste está aún por hacer, el de la ocurrencia de que la efemérides así entendida funde un sistema presuntamente constitucional de tal identidad para una geografía además más dilatada que la propia francesa, no otro que el *assolutismo giuridico* ahora descalificatoriamente confrontado. Es lo que me ocupa como cuestión no solamente histórica, para la ubicación en el pasado de otras probables evidencias, sino también cultural, para la recuperación en el presente de otro posible paradigma bajo el crédito de la misma calificación, la constitucional. En objetivo y en acceso próximos, pero no en parte del camino, coincido así con Grossi. Y no sé si la diferencia del trayecto afecta al resultado del viaje. Es lo que trato de comprobar emprendiendo mi propio periplo con destino a la reunión de un debate, a esta forma de encuentro. Paso al segundo acto.

### 3. LA RESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA REVOLUCIÓN

Que la primera manifestación constitucional de la Revolución francesa, la *Déclaration des Droits* de 1789, presenta un tenor legalista, es algo que pare-

<sup>39</sup> LOUIS FAVOREU y LOÏC PHILIP, *Les grandes Décisions du Conseil Constitutionnel*, París, 1986, voz *Bloc de constitutionnalité* en índice de materias.

<sup>40</sup> B. CLAVERO, *Happy Constitution: Cultura y lengua constitucionales*, Madrid, 1997, pp. 11-40; también, para ilustrarse la desvirtuación, «*Les domaines de la propriété*», 1789-1814: *Propiedades y propiedad en el laboratorio revolucionario*, en *Quaderni Fiorentini*, 27, 1998, pp. 269-378.

ce fuera de toda duda. He ahí un planteamiento con apariencia como mínimo de *légicentrisme*, pues en la ley confiaba y a la ley se dirigía<sup>41</sup>. Se entiende que es ésta, *la loi*, ley de determinación política como *expression de la volonté générale* (art. 6), la que sirve para cubrir el primer objetivo constitucional, no otro que la *garantie des droits*, la garantía de unos derechos de libertad. El segundo que se formula, el de la *séparation des pouvoirs* (art. 16), puede tener ya internamente dicho entendimiento de ubicación primaria del *pouvoir législatif*, uno de los dos poderes a los que se refiere la declaración, siendo el otro el *pouvoir exécutif*. Son cosas manifiestas en un pasaje del preámbulo y en el referido artículo:

Les représentans du peuple français, constitués en Assemblée nationale (...) ont résolu d'exposer, dans une déclaration solennelle, les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme (...) afin que les actes du pouvoir législatif et ceux du pouvoir exécutif, puovent être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés (...).

Art. 16. Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution.

Dado que no se identifica otro poder que esa pareja del legislativo y el ejecutivo, la cuestión es inmediata, aunque no suela formularse. ¿Dónde queda la justicia? ¿Cuál resulta su posición? ¿Cómo puede presentarse y articularse con dicho planteamiento? No se sabe. He ahí efectivamente, con el predicamento de la ley, un anuncio reductivo para el sistema. Pero falta el complemento de cierre, el de una justicia reducida a la aplicación de ley. Y caben otras posibilidades, pues el elemento judicial ni siquiera hace todavía comparecencia con entidad distinta y función propia. Es un flanco descuidado de aquella *Déclaration des Droits* que, con toda su relevancia, no suele hoy advertirse. La justicia era una incógnita.

No creo que importen las razones que llevaron el descuido, sino este mismo o más bien, pues vino acto seguido, su resolución. Se tuvo entonces conciencia e intentó pronto el remedio. En el curso primero, el más definitivo, de la Revolución francesa, entre la primera *Déclaration*, la de 1789, y la primera *Constitution*, la de 1791, media en 1790 la legislación judicial orgánica, particularmente el decreto de 16 de agosto que funda, establece y organiza la justicia<sup>42</sup>. Es el momento de la verdad para la determinación del paradigma. ¿Resulta legalista? En esta dirección parece precisamente situarse la

<sup>41</sup> Stéphane RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, París, 1988, pp. 369-373; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pp. 64-67; B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 74-83.

<sup>42</sup> Jean Pierre ROYER, *Histoire de la justice en France: de la monarchie absolue à la République*, París 1995, pp. 229-322. Salvo para lo constitucional, no entro ahora en problemas de cualificación de disposiciones. Y cito por J. B. DUVERGIER (ed.), *Collection complète des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, et Avis du Conseil d'État*, vols. 1-30, 1788-1830, París, 1824-1831, *Table général, analytique et raisonnée des Lois, Décrets, Ordonnances, Réglemens, etc., depuis 1788 jusques et y compris 1830*, París 1834-1838.

previsión de códigos que es ahora cuando se produce. Hela en artículos del título segundo:

Art. 19. Les lois civiles seront revues et réformées par les législateurs; et il sera fait un code général de lois simples, claires, et appropriées à la constitution.

Art. 20. Le code de la procédure civile sera incessamment réformé, de manière qu'elle soit rendue plus simple, plus expéditive et moins coûteuse.

Art. 21. Le code pénal sera incessamment réformé, de manière que les peines soient proportionnés aux délits; observant qu'elles soient modérées, et ne perdant pas de vue cette maxime de la déclaration des droits de l'homme, que *la loi ne peut établir que des peines strictement et évidemment nécessaires*.

Lo que establecía en efecto la *Déclaration* añadiendo que «nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée» (art. 8). Salvo para esto, para un código penal respecto al que podían tenerse ideas más precisas desde el punto de vista constitucional de garantía de derechos en esta línea legalista<sup>43</sup>, unas previsiones de momento son incógnitas, comprendida la *constitution* a la que debe adecuarse, como se ha dicho, *un code général de lois* igualmente por determinar. No proyectemos la sombra del *Code Napoléon* sobre este código primero previsto. Entre el uno y el otro, entre 1790 y 1804, hay todavía mucho trecho<sup>44</sup>.

Median cambios substanciales en el propio orden constitucional. El legalismo a ultranza primaria de la codificación definitiva puede que no tenga sencillamente cabida en el contexto de justicia propio de este planteamiento inicial. Observemos este encuadramiento más inmediato y bien distintivo de esta primera previsión codificadora<sup>45</sup>. En primer lugar, identifiquemos a sus agentes, los jueces. Son de procedencia ciudadana mediante sufragio equivalente al de la representación política: «Les juges seront élus par les justiciables» (tit. 11, art. 3). Estos son los jueces que forman tribunales respecto de los cuales ya se formula no sólo dicha previsión de codificación, sino también una determinada concreción del principio de *séparation des pouvoirs* anunciado por la *Déclaration*. Se contiene en el mismo título segundo, el que se ocupa de esta justicia de tribunal:

Art. 10. Les tribunaux ne pourront prendre directement ou indirectement aucune part à l'exercice du pouvoir législatif, ni empêcher ou suspen-

<sup>43</sup> Roberto MARTUCCI, *La Costituente ed il problema penale in Francia, 1789-1791*, vol. 1, *Alle origini del processo accusatorio: i decreti Beaumetz*, Milán 1984; Pierre LASCOUMES, Pierrrette PONCELA y Pierre LENOËL, *Au nome de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, París 1989.

<sup>44</sup> Jean Louis HALPÉRIN, *L'impossible Code Civil*, París 1992.

<sup>45</sup> Robert BADINTER (ed.), *Une autre justice, 1789-1799. Contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, París 1989.

dre l'exécution des décrets du Corps-Législatif, sanctionnés par le Roi, à peine de forfaiture.

Art. 11. Ils seront tenus de faire transcrire purement et simplement dans une registre particulier, et de publier dans la huitaine, les lois qui leur seront envoyées.

Art. 12. Ils ne pourront point faire de réglemens, mais ils s'adresseront au Corps-Législatif toutes les fois qu'ils croiront nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.

Art. 13. Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

La separación es realmente radical. Esta justicia no puede alcanzar por vía alguna a la determinación de ordenamiento. Expresamente incluso a los efectos interpretativos, tal cosa es competencia excluyente de un poder legislativo, cuyo mismo ejercicio queda totalmente fuera del alcance de esta concreta justicia. La función judicial es aplicativa de ley agotándose así en el caso. Tiene sentido por esto que a continuación venga la previsión vista de codificación, de reunión revisora, reformadora, clarificadora y simplificadora de leyes que se anuncia. Tampoco puede esta justicia entender de materia que se dice administrativa. Un poder ejecutivo queda igualmente exento de ella. Ya estaba también anunciado al instituirse previamente unas corporaciones políticas y administrativas: «Elles ne pourront être troublées dans l'exercice de leurs fonctions administratives par aucun acte du pouvoir judiciaire» (Decreto de 22 de diciembre de 1789, sec. 111, art. 7). Desde antes se impide la interposición de la justicia en el orden legislativo, esto es, en el camino de la Revolución. Un *pouvoir judiciaire*, tal poder judicial, no tiene así competencia respecto a dichos otros poderes, el *législatif* y el *exécutif*, que fueran los primeros en identificarse, pues ya lo estaban en la *Déclaration*. Dicho todo esto de otra forma, una justicia de tribunal, la justicia de ley, atañe a los privados, no a los poderes.

Pero los privados tampoco quedan exactamente sujetos a dicha justicia y, por ende, a la legislación. Cuentan con otras posibilidades a su alcance a los mismos efectos materialmente judiciales. La tienen incluso con carácter previo y principal respecto a la justicia de tribunal y ley. De ésta vemos que se ocupa el título segundo del Decreto de 16 de agosto de 1790. El primero trata *des arbitres*, con este preciso planteamiento:

Art. 1. L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législatures ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer, soit la faveur, soit l'efficacité des compromises.

Art. 2. Toutes personnes ayant le libre exercice de leurs droits et de leurs actions, pourront nommer un ou plusieurs arbitres pour prononcer sur leurs intérêts privés dans tous les cas, et en toutes matières, sans exceptions.

Adviértanse los términos para apreciarse la categoría. Se trata de un reconocimiento de derecho de valor constitucional con expresa limitación inhibitoria de la ley. La ciudadanía tiene la libertad de resolver sus conflictos privados mediante el arbitraje de su confianza. Dicho de otro modo, cuenta con la posibilidad de eximirse de ley, de no fiar sus asuntos a la justicia de tribunal aplicativa de legislación. Y no estamos ante una concesión legislativa, sino ante un derecho constitucional, un principio ya así identificado de *la constitution* a la que habría de responder la codificación. A partir de la *Déclaration des Droits* y ántes de que exista la *Constitution*, un constitucionalismo está concretándose.

Hay todavía más. La misma justicia más institucionalizada conoce una instancia igualmente previa y principal que se debe menos a ley que la de tribunal. El título tercero del decreto de marras trata *des juges-de-paix*, de una justicia de paz. Estos jueces asistidos por unos buenos hombres, *les prud'hommes*, todos ellos también elegidos por sufragio ciudadano, no sólo tienen competencias judiciales de orden inferior, en lo que se deben a ley, sino que también forman un *bureau de paix et de conciliation*, el oficio de paz y conciliación cuya importancia puede ser superior, así como un *bureau de jurisprudence charitable*, un oficio de jurisprudencia que se dice caritativa para amparo y defensa de indigentes, en todo lo cual no se deben en cambio a legislación (tit. X). El lema distintivo de esta otra justicia será *La Loi et la Paix* (Decreto de 6 de marzo de 1791, art. 12), la causa no sólo de ley, sino también de otra cosa que se distingue, de la paz que se dice.

La conciliación es oficio de *mediation* (tit. X, arts. 2 y 7), esto es, de acomodamiento entre partes resolutorio de pleito sin sujeción debida a ley. Pueden atenderse desde luego unas previsiones legislativas, pero sólo si hay acuerdo precisamente entre las partes. Y esto por regla general se exige para todo conflicto de materia civil entre privados. El acceso a la justicia de tribunal pasa obligadamente por dicha oportunidad de arreglo al margen de la legislación sustantiva. El mismo título, el décimo, de los oficios de paz, el de conciliación y el de caridad, se ocupa también del *tribunal de famille* o *tribunal domestique*, otra justicia todavía, todo un tribunal para tales asuntos familiares o domésticos como instancia también previa y no debida a la ley. Se forma por parientes, amigos o vecinos que operan como *arbitres* (tit. X, arts. 12 y 13). Es un arbitraje éste, de parentela, amistad y vecindad, igualmente obligado para el acceso en su materia a la justicia civil de tribunal instituido.

Por si no fuera poco, aún hay más, aunque no será necesario para un encuadramiento que reconstruyamos todo este contexto inmediato de la justicia debida a ley. Dejemos de lado el *jury*, pues fue una pieza que ya se había decidido reservar para el caso particular de un proceso de orden legislativo como el penal<sup>46</sup>. Fue algo secundario en el seno de una justicia que venía a resultar toda ella, incluida la común de tribunal, como un inmenso jurado. En

<sup>46</sup> Antonio PADOA SCHIOPPA, *La giuria penale in Francia: Dai «philosophes» alla Costituyente*, Milán 1995.

el mismo decreto de 1790 tenemos otras figuras. Hay *juges de police*, nombrados por las corporaciones locales, pero éstos se encuentran explícitamente sujetos à l'*execution des lois et réglemens* (tit. XI). Mas hay también *tribunals de commerce*, de *juges* elegidos por los interesados, por «négocians, banquiers, marchands, manufacturiers, armatuers et capitaines de navire», cuya relación con ley resulta más problemática (tit. XII, art. 7). No ha habido de momento previsión de código específico para esta materia de comercio y, por esta misma distinción de justicia, es dudoso que se entendiera entonces comprendida en la referida para el caso de otros tribunales.

¿Cuánta justicia no escapa a ley según esta legislación de 1790, conforme a esta verdadera constitución judicial de la Revolución francesa? Tanta realmente, pero tampoco exageremos. Se debe a legislación toda una justicia instituida. Más aún, la justicia toda proviene de ley pues mediante norma legislativa o equivalente, ni siquiera formalmente por Constitución, es como se constituye. Al fin y al cabo estamos ante la Revolución y ésta como se impone más sistemáticamente es mediante leyes, llámense decretos. Su aplicación por justicia de tribunal se asegura hasta el extremo de la centralización unificada de la interpretación de la ley bajo control del mismo órgano legislativo<sup>47</sup>. Mas todo esto constituye contexto donde realmente resalta el margen notabilísimo de entrada y el campo holgadísimo de juego que un orden constituyente depara a una justicia exenta de legislación, no obligada a sujetarse en sus determinaciones a la previsión legislativa<sup>48</sup>.

La explicación de esta aparente contradicción es constitucional. Las razones son constitucionales. Retórnese al artículo primero del título primero y así el primerísimo de todo el decreto, de esta legislación. El arbitraje que más puede escapar a ley se contempla y antepone porque se conceptúa y considera como derecho ciudadano no disponible por legislación. Si las piezas encajan es porque se entiende que la Revolución y sus leyes se deben a derechos de libertad y no a otra cosa. Hay plena conciencia de que está así determinándose la misma *Constitution* a partir de la base de la *Déclaration des Droits* a la que no ha dejado de referirse el propio decreto. El de la misma fecha que lo remite para sanción al monarca pone esto último de manifiesto:

Art. 4. L'Assemblée nationale se réserve de distinguer dans les articles ci-dessus les dispositions qui sont constitutionnelles de celles qui ne sont que réglementaires.

Lo que se hará mediante la *Constitución*, la de septiembre de 1791, primera de la Revolución francesa. Ahí tenemos en efecto una quintaesencia destila-

<sup>47</sup> J. L. HALPÉRIN, *Le Tribunal de Cassation et les pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, París 1987.

<sup>48</sup> Michael J. FITZSIMMONS, *The remaking of France: The National Assembly and the Constitution of 1791*, Cambridge de Massachusetts 1994, pp. 100-108 y 212-222, resaltando justamente y frente a lo usual el *ethos* no legalista.

da de ese orden judicial establecido un año antes. Hágase el repaso de unos pronunciamientos ahora ya formalmente constitucionales:

Tit. III. *Des pouvoirs publiques.*

Art. 2. La nation, de qui seule émanent tous les pouvoirs, ne peut les exercer que par délégation. La constitution française est représentative: les représentants sont le Corps-Législatif et le Roi.

Art. 5. Le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps par le peuple.

Chap. V. *De pouvoir judiciaire.*

Art. 3. Les tribunaux ne peuvent ni s'immiscer dans l'exercice du pouvoir législatif, ou suspendre l'exécution des lois, ni entreprendre sur les fonctions administratives, ou citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions.

Art. 5. Le droit de citoyen, de terminer définitivement leurs contestations par la voie de l'arbitrage, ne peut recevoir aucune atteinte par les actes du pouvoir législatif.

Art. 6. Les tribunaux ordinaires ne peuvent recevoir aucun action au civil, sans qu'il leur soit justifié que les parties ont comparu, ou que le demandeur a cité sa partie adverse devant des médiateurs pour parvenir à une conciliation.

En un título primero de *Dispositions fondamentales garanties par la constitution* también se ha dispuesto que «il sera fait un Code des lois communes à tout le Royaume» y entre unas disposiciones finales la hay que confía la Constitución «à la fidelité du Corps-Législatif, du Roi et des juges, à la vigilance des pères de famille, aux épouses et aux mères, à l'affection des jeunes citoyens, au courage de tous les français». Previsión y contexto son los de 1790 que arrancan de 1789, de la *Déclarations des Droits* que esta Constitución incorpora además como propia con algunos añadidos y especificaciones como el dicho de la codificación.

No proyectemos escenarios posteriores. Ni la codificación ni la legislación son las que luego puedan venir caracterizando un entero sistema. Aquí hay ordenamiento, pues hay justicia, al margen y con primacía respecto a la ley. El arbitraje es un derecho constitucional y la conciliación un requerimiento igualmente tal. La vía judicial de los tribunales *ordinaires* no puede alcanzar a la determinación de norma. La separación de poderes queda claramente formulada de este modo que inhibe a la justicia tanto respecto a ley como a gobierno. Su papel está entre los privados y no entre los poderes. Por esto se dice que, aun siendo electivos, unos jueces no son representativos. El *pouvoir judiciaire* carece de la representación de la que los otros dos poderes pueden valerse a los efectos de producción de ordenamiento. Pero hay más nuevamente. He ahí una justicia directamente ciudadana que puede hacerse cargo de costumbres y doctrinas distintas a las adoptadas o promovidas por las leyes. Hay una posibilidad de jurisprudencia, o mejor entonces de jurisprudencias en plural, más plausible

en la base que en alguna cúspide. Y tal es también el terreno genuino de la costumbre. He aquí el sistema nada simple y no exactamente rígido que resulta de la Revolución francesa. Prosigue con el segundo acto, que ha de alargarse.

#### 4. LA IRRESPONSABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LA CODIFICACIÓN

He ahí el sistema que la Revolución funda con motivos y argumentos expresamente constitucionales, los que como tales parten del reconocimiento, declaración y garantía de derechos de libertad. Ya se sabe del cambio profundo en la dirección extremadamente legislativa que desembocará en el *Titre préliminaire* del *Code Napoléon*, aunque este resultado no sea imputable sin más a la Revolución porque proceda de la historia que origina. De ella viene efectivamente. No hay ninguna fundación intermedia de otro signo. Se sucederán Constituciones, pero nunca entonces, entre 1789 y 1804, se replanteará de un modo sistemático la institución de la justicia y, por tanto, del derecho con motivación y argumento constitucionales. Esto entonces sólo ocurre en 1790. El resto es una historia de desvirtuación y desmontaje del primer y único sistema normativo deliberadamente fundado por acción revolucionaria de signo constitucional.

Desvirtuación y desmontaje se precipitan definitivamente con el arribo del dudoso constitucionalismo napoleónico. La Constitución de diciembre de 1799 ignora los derechos de justicia ciudadana y cancela las elecciones judiciales al atribuir a Napoleón como Primer Cónsul el nombramiento de los jueces ordinarios y convertir la función de éstos en vitalicia (arts. 41 y 68). Se salva la justicia de paz por determinación también de alcance constituyente y carácter político, no jurídico, esto es, sin reconocimiento tampoco de derecho constitucional. Es todo un horizonte el que desaparece.

Sigue una ley orgánica judicial de 18 de marzo de 1800 manteniendo no solamente *les juges-de-paix*, sino también el *droit qu'ont les citoyens de faire juger leurs contestations par des arbitres de leurs choix*. Pero ya no se trata de derecho constitucional, pues lo que se dice ahora es que «il n'est point dérogré» (art. 3). Luego cabe que lo sea. Depende así de ley, que reduce y degrada en efecto. Por lo demás, los jueces de tribunales hacen ahora su comparecencia como *fonctionnaires* y la justicia como *service public* (art. 5), lenguaje que anuncia su reducción definitiva a función del Estado en aplicación del derecho que el mismo produce, esto es, la ley, equivalentes y derivados. Es ahora también cuando, tras la Revolución, entra en escena personal letrado, *gens de loi*, como abogados y notarios legalizando pretensiones. De los primeros y no sólo de los segundos también se entiende entonces que deben cubrir una función de control de legalidad entre privados<sup>49</sup>.

<sup>49</sup> M. J. FITZSIMMONS, *The Parisian Order of Barristers and the French Revolution*, Cambridge de Massachusetts 1987, pp. 130-134 y 168-169; Pasquale BENEDECCE, *Il corpo eloquente: Identificazione del giurista nell'Italia liberale*, Bologna 1996, pp. 115-124.

Podrá venir finalmente el Code con su *Titre préliminaire* tratando *De la publication, des effets et de l'application des lois en général*. Basta con esto, con la ley, para la identificación del ordenamiento en lo que interesa a la justicia, a esta práctica efectiva del derecho. Queda la misma categóricamente reducida a función rigurosamente aplicativa. Y si hay costumbre, pues haberla, hayla siempre, no es autónoma. Son las *bonnes moeurs* que la ley asume e impone, las que se le presumen como refuerzo:

Art. 4. Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice.

Art. 5. Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises.

Art. 6. On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs.

Cosas como la reclusión doméstica de la mujer o la subordinación servil del trabajo, el imperio contractual de la propiedad o la división familiar de la herencia resultan para el *Code* costumbres buenas y así indisponibles<sup>50</sup>; las contrarias son pésimas y nefandas. Podrá así entrarse en materia civil de derechos bajo el entendimiento de que ya no los hay constitucionales. En lo que pueda interesarles, la misma Constitución se reduce a ley, a norma que se determina sin causa de reconocimiento ni garantía de derechos, sin aquel primer elemento del binomio constitutivo de 1789, *la garantie des droits*, como igualmente el propio Código resulta ahora norma que puede perfectamente dispensar tanto como sustraer derechos en el mismísimo campo substancialmente constitucional *des personnes*. El artículo séptimo es el primero sustantivo:

Livre I. *Des personnes.*

Tit. I. *De la jouissance et de la privation des droits civils.*

Chap. I. *De la jouissance des droits civils.*

Art. 7. L'exercice des droits civils est indépendant de la qualité de citoyen, laquelle ne s'acquiert et ne se conserve que conformément à la loi constitutionnelle.

Corre en cambio otra suerte el segundo elemento de aquel binomio de 1789, el de la *séparation des pouvoirs*, de los poderes de entrada *législatif y exécutif* que se eximen luego del *judiciaire*. Se mantiene, con crédito constitucional, a unos efectos tanto de legitimidad de principio como de conducción de práctica. Pero, entre Revolución y Napoleón, también sufre una transmutación. Durante este tiempo se ha pasado del planteamiento de un poder legisla-

<sup>50</sup> André-Jean ARNAUD, *Essai d'analyse structurale du Code Civil français: La règle du jeu dans la paix bourgeoise*, París 1973; J. L. HALPÉRIN, *Le Code civil*, París, 1996.

tivo controlado por la ciudadanía mediante elecciones y de un poder ejecutivo que también conoce el control de instituciones políticas de base electoral a un ejercicio de los mismos con el primer contraste relajado, por no decir aleatorio, y el segundo suprimido, sucediéndole controles internos del ejecutivo mismo.

Hay un resultado nuevo, uno que ya no es el derecho de los derechos, sino el poder de los poderes, la pareja susodicha de legislativo y ejecutivo que son los generadores efectivos de ordenamiento encontrándose durante el siglo XIX prácticamente exentos. Resultan entonces poderes así literalmente *absolutos*, esto es, absueltos. No habrá que escandalizarse porque vuelva hoy a acusarse. No había mucho empacho en reconocerlo. La propia *exégèse* nos ha recordado que los *pouvoirs*, los verdaderos poderes, son entonces sólo dos, el *législatif* y el llamado *exécutif*, los únicos que ya se identificaron en 1789. No había justicia sobre ellos, salvo la que ellos mismos dispensaran. El poder ejecutivo puede dilatarse afirmándose como normativo, como productor por sí mismo de derecho, y desdoblándose entre administración y jurisdicción al tiempo que deviene lo primero, sección administrativa, *fonction publique*, la justicia misma. Al fin y al cabo, la aplicación de ley es función ejecutiva<sup>51</sup>. Estamos ante algo más que la puesta en práctica del grado de la separación de poderes anunciado desde 1789<sup>52</sup>. Nos encontramos ante una formación de poderes por encima del derecho como resultado de dicha forma concreta final de separación y no exactamente del planteamiento original de la Revolución<sup>53</sup>.

Estamos, dicho de otro modo, ante la misma génesis de nuestro *absolutismo*. La codificación lo cubre, pero no lo agota. O ni siquiera lo expresa redondamente. Estamos ante un absolutismo normativo que no es sólo legislativo o que puede ser también e incluso principalmente gubernativo. El derecho queda a disposición de poderes. La justicia común se impone entre privados, como es a ella a quien se dirige y a ellos para quienes se establece la codificación misma. No hay código político ni administrativo, parlamentario ni gubernativo, los que pudieran regir poderes legislativo y ejecutivo. La Constitución no desempeña entonces el papel. El rigor del ordenamiento no resulta entonces general. Tengamos así en cuenta que hay medidas diversas, pues la disposición de derecho cabe para la ciudadanía o la sociedad, mas también para la

<sup>51</sup> Jacques CHEVALIER, *L'élaboration historique du principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, París 1970; J. P. ROYER, *Histoire de la justice en France*, pp. 323-576.

<sup>52</sup> Michel TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, París, 1973; Gilles J. GUGLIELMI, *La notion d'Administration Publique dans la théorie juridique française de la Révolution à l'arrêt Cadot, 1789-1889*, París, 1991; Stefano MANNONI, *Une et indivisible: Storia dell'accramento amministrativo in Francia*, vol. 1, *La formazione del sistema, 1661-1815*, Milán, 1994, pp. 436-455.

<sup>53</sup> Michel VERPEAUX, *La naissance du pouvoir réglementaire, 1789-1799*, París, 1991; Paolo COLOMBO, *Governo e Costituzione: La trasformazione del regime politico nelle teorie dell'età rivoluzionaria francese*, Milán, 1993; Luigi LACCHÉ, *L'espropriazione per pubblica utilità. Amministratori e proprietari nella Francia dell'Ottocento*, Milán 1995.

política o los poderes. No olvidemos esta evidencia para cuando vengamos a alguna reflexión o al encuentro del debate.

El ciclo ha ido de una a otra medida, desde la de derechos hasta la de poderes. La parábola ha efectuado un recorrido desde la justicia menos legalista de la Revolución al poder muy legalista, pero no para sí mismo, de Napoleón, sea dicho prosopopéicamente. Expresado de otra forma, hemos ido de la Constitución al Código, elementos que no representan un mismo sistema por mucho que desde entonces y hasta hoy quieran identificarse<sup>54</sup>. Puede que la presunción de un encaje de piezas entre constitucionalismo y codificación tenga que cuestionarse más allá todavía de lo que resulta de un acuse de absolutismo que, por mirar al código, se ciñe a la ley y mira menos a la estructura compleja del sistema.

Napoleón ya se sirvió de la legitimación por la Revolución tanto de cara al interior como hacia el exterior de Francia. Ha tenido realmente éxito, aunque más a la larga que a la corta, generando las confusiones que hoy todavía padecemos. Con el tiempo, su victoria en el mercado de las ideas ha llegado a ser espectacular para unas latitudes no vamos a decir que universales, pues las hay impermeables e inalcanzables a su seducción, pero muy superiores a las francesas, comprendidas las nuestras vecinas, las italianas como las españolas. El Código por excelencia, el *Code Napoléon*, con su *Titre préliminaire* inclusive, pasa por complemento de la Constitución o incluso por expresión eminente del sistema constitucional mismo. Mas el engaño puede ser de la historiografía más que de la historia, nuestro más que de entonces. No ha concluido aún el segundo acto, el más largo.

## 5. OTROS ENREDOS NO MENOS CONSTITUCIONALES: UN DERECHO RELIGIOSO Y ALGO MÁS

Duro con los privados, blando con los poderes, el modelo napoleónico no se confundió en su tiempo con el revolucionario por mucho que entonces y luego se haya pretendido. Napoleón es posible por la Revolución, pero no es el producto suyo. Lo hubo primero y más genuino. Un sistema, el revolucionario, responde a Constitución, esto es, a derechos de libertad, mientras que el otro, el napoleónico, no. Esto se apreciaba en la época. No sólo ni principalmente se trataba entonces de choque con la tradición, con un sistema anterior que conocía derechos, pero que los desconocía de libertad, pudiendo en esto esencial sintonizar algo con el mismo Napoleón<sup>55</sup>. Había otro frente más decisivo a la larga, uno interno. Todo un primer constitucionalismo italiano, con

<sup>54</sup> B. CLAVERO, *Razón de estado, razón de individuo, razón de historia*, Madrid, 1991, pp. 61-128; *Happy Constitution*, pp. 181-236; ambos capítulos originalmente en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79-145, y 25, 1996, pp. 284-346.

<sup>55</sup> Para síntoma en España, B. CLAVERO, *Ley del Código*, pp. 83-89.

alguna adopción inicial de versiones muy mitigadas del primer modelo, el de signo revolucionario, y el conflicto ulterior respecto al segundo, el de impronta napoleónica, con la confrontación resultante entre ambos, podría prestar buen testimonio si progresáramos en su estudio<sup>56</sup>.

El caso español puede resultar especialmente elocuente puesto que conoce una contraposición inicial más neta entre modelos bien manifiestos en textos constitucionales, uno napoleónico<sup>57</sup>, el otro no exactamente el revolucionario, pero planteando el mismo sistema de derecho de *loi et paix*, de codificación débil y de justicia ciudadana, sin ruptura además con la propia tradición, lo que le acompleja aún en mayor medida. No son cosas que suelen tomarse luego en cuenta por un constitucionalismo resueltamente cancelatorio y una historiografía servilmente olvidadiza por Italia y por España no menos que por Francia, pero estuvieron entonces y podemos tenerlas de nuevo a la vista<sup>58</sup>.

Es el planteamiento de la Constitución de Cádiz, la española de 1812, que también alcanzó algún predicamento por la geografía italiana. Tiene esto sentido<sup>59</sup>. Puede tenerlo aunque la impresión primaria que se ofrezca, la que puede hoy y suele hacerse una historiografía entre ingenua e hipotecada, sea la de un sistema puramente legalista. Véase, si no, cómo se presenta una estructura *Del Gobierno* en el sentido global de Estado:

Tít. II. *Del territorio de las Españas, su Religión y gobierno, y de los ciudadanos españoles.*

Cap. III. *Del Gobierno.*

Art. 15. La potestad de hacer las leyes reside en las Cortes con el Rey.

Art. 16. La potestad de hacer executar las leyes reside en el Rey.

Art. 17. La potestad de aplicar las leyes en las causas civiles y criminales reside en los tribunales establecidos por la ley.

Tít. II. *Del territorio delle Due Sicilie, della sua Religione, del suo Governo e de' suoi cittadini.*

Cap. III. *Del Governo.*

Art. 15. La potestà di far le leggi risiede nel Parlamento col Re.

Art. 16. La potestà di far eseguire le leggi risiede nel Re.

Art. 17. La potestà di applicare le leggi alle cause civili e criminali risiede ne' tribunali fissati dalla legge.

<sup>56</sup> C. GHISALBERTI, *Le Costituzioni «giacobine», 1796-1799*, Milán 1973, pp. 245-250; U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, pp. 322-351.

<sup>57</sup> Carmen MUÑOZ DE BUSTILLO, *Bayona en Andalucía: El Estado bonapartista en la prefectura de Xerez*, Madrid, 1991, pp. 261-277 y 375-384.

<sup>58</sup> C. MUÑOZ DE BUSTILLO, *La justicia no letrada en el primer constitucionalismo español*, a publicarse en Andrea ROMANO y Pierangelo SCHIERA (ed.), *Il modello costituzionale inglese e la sua recezione nell'area mediterranea*, a la espera también para todo esto del libro que entiendo esencial ya inminente de Fernando MARTÍNEZ PÉREZ, *Entre confianza y responsabilidad: La justicia del primer constitucionalismo español, 1810-1823*, Madrid, 1999.

<sup>59</sup> B. CLAVERO, *Vocación católica y advocación siciliana de la Constitución española de 1812*, en A. ROMANO (ed.), *Alle origini del costituzionalismo europeo*, Messina, 1991, pp. 11-56, con apéndice, pp. 116-243, que contiene el texto constitucional en original español y en versión italiana de entonces, la napolitana, a página enfrentada.

Todo el sistema parece resolverse en ley. La misma justicia se define de entrada como función puramente aplicativa de leyes y como establecimiento constituido por legislación. Mas toda esta impresión resulta engañosa. Si acudimos al título judicial encontramos unos pasajes tan discretos como los siguientes, pero que entonces, a la luz inmediata de lo que acabamos de ver tanto respecto a Revolución como a Napoleón, habrían de resaltar:

Tít. V. *De los tribunales y de la administración de justicia en lo civil y criminal.*

Cap. II. *De la administración de justicia en lo civil.*

Art. 280. No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.

Art. 282. El alcalde de cada pueblo ejercerá en él oficio de conciliador, y el que tenga que demandar por negocios civiles o por injurias, deberá presentarse a él con este objeto.

Art. 284. Sin hacer constar que se ha intentado el medio de la conciliación, no se entablará pleyto ninguno.

Tít. V. *De' tribunali e dell' amministrazione della giustizia.*

Cap. II. *Dell' amministrazione della giustizia civile.*

Art. 266. Niun nazionale del regno delle Due Sicilie potrà privarsi del diritto di terminare la lite col mezzo di arbitri eletti dalle parti.

Art. 268. Il giudice municipale, nel paese di sua giurisdizione eserciterà l'ufficio di conciliatore; ed ognuno che abbia azione da sperimentare per affari civili, gli si dovrà presentare per quest'oggetto.

Art. 270. Non potrà intentarsi alcuna causa senza che consti di essersi preventivamente adoperato il mezzo della conciliazione.

No son posibilidades confiadas a las leyes como parecía anunciar el artículo decimoséptimo, el de reducción de la justicia a establecimiento legislativo y función aplicativa, lo cual sólo se refiere así a una parte de ella, a la que se dice de *tribunales*. Hay también otra ya que puede desplazarla, ya que resulta obligada como base de acceso, las cuales además no se deben ni institutiva ni operativamente a ley. Como un mandato de la Constitución a la legislación es como hace su aparición la conciliación, y como un derecho constitucional de todo *español* o de todo *nazionale del regno delle Due Sicilie* lo hace el arbitraje. Son ambas, el arbitraje como la conciliación, la opción como la obligación, instituciones así plenamente constitucionales, no disponibles por ley y no debidas a ley.

La Constitución contiene un factor de ductilidad aún superior por causa de su confesionalidad religiosa peculiar precisamente por constitucional. Ya hemos visto anunciarse *su Religión*, la de *las Españas*, o *sua Religione*, de las *Due Sicilie*, por el mismo texto de la Constitución. Es una misma, la católica. Pero hay previsión ahora de conversión constitucional. Por un pasaje que falta en el segundo caso, en la versión de las Dos Sicilias, *la Nación* se capacita respecto a la propia religión: «La protege por leyes sabias y justas» (art. 12), conforme a sabiduría y justicia que son cualidades definidas por la propia

Constitución como obligadas para la legislación en virtud de la atención a unos derechos de libertad:

Tít. I. *De la Nación española y de los españoles.*

Tit. I. *Della Nazione e de' nazionali delle Due Sicilie.*

Cap. I. *De la Nación española.*

Cap. *Della Nazione delle Due Sicilie.*

Art. 4. La Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos que la componen.

Art. 4. La Nazione è nell'obbligo di conservare e proteggere con le leggi savie e giuste la libertà civile, la proprietà, o gli altri legittimi diritti di tutti gli individui che la componono.

Tít. II. *Del territorio de las Españas, su Religión y Gobierno, y de los ciudadanos españoles.*

Tít. II. *Del territorio delle Due Sicilie, della sua Religione, del suo Governo e de' suoi cittadini.*

Cap. II. *De la Religión.*

Cap. II. *Della Religione.*

Art. 12. La Religión de la Nación española es y será perpetuamente la católica, apostólica, romana, única verdadera. La Nación la protege por leyes sabias y justas, y prohíbe el ejercicio de cualquiera otra.

Art. 12. La Religione della Nazione del regno delle Due Sicilie è, e sarà perpetuamente, la cattolica, apostolica e romana, unica vera, senza permettersene alcun'altra nel regno.

Queda con esto integrado como ordenamiento propio todo un derecho canónico de entidad no precisamente legalista, pero, en el original español, ello ocurre con claridad bajo un mandato constitucional de actuación legislativa no discrecional, sino debida a principios constitucionales de unos derechos de libertad. Hay aquí todo un designio de creación de una nación española de confesión católica bajo signo constitucional y orden con todo no reducido a ley, con posibilidad entonces de dilatación o de multiplicación de una comunidad concebida en tales términos de catolicidad. Obsérvese cómo se actúa. He aquí el arranque del decreto legislativo de abolición de la Inquisición por imperativo que se entiende precisamente constitucional:

Las Cortes generales y extraordinarias, queriendo que lo prevenido en el artículo 12 de la Constitución tenga el más cumplido efecto, y se asegurase en lo sucesivo la fiel observancia de tan sabia disposición, declaran y decretan:

Cap. I. Art. 1. La Religión Católica, Apostólica, Romana será protegida por leyes conforme a la Constitución.

Art. 2. El tribunal de la Inquisición es incompatible con la Constitución.

El estilo no es exactamente legislativo, sino declarativo, como aplicación más bien jurisdiccional de la Constitución. No tiene nada de absolutista. Se

procede por el mismo decreto en consecuencia, una consecuencia que ante todo implica lo que se entiende como restablecimiento de unas competencias episcopales *con arreglo a los sagrados Cánones y Derecho Común*, conforme a un ordenamiento canónico, derecho propio de la Iglesia católica, anterior históricamente a la institución inquisitorial<sup>60</sup>. Tampoco así se trataba de una reducción del *derecho canónico* a ley, sino de su dirección por la misma para que le dirigiera la Constitución. Se consideró entonces seriamente la idea de celebración de un *Concilio Nacional* mediante convocatoria episcopal para la interiorización endógena, por iniciativa y determinación eclesiásticas, del planteamiento constitucional. Una iglesia, la católica, y su derecho, el canónico, no sólo habrían de subsistir, sino también de guardar capacidad de autonomía bajo principios comunes para la propia Constitución<sup>61</sup>.

He ahí otra ductilidad nada pequeña y bien adversa para el absolutismo. Puede haber tracto con la tradicional que era inmensa por razón igualmente de concurrencia entre religión y derecho, bien que de otro signo<sup>62</sup>. Adviértase también que un uso terminológico típico de esta Constitución, el de *potestades* en lugar de *poderes* (arts. 15-17 citados), puede responder al mantenimiento de una concepción del poder como jurisdicción, como declaración de derecho debida al mismo, y no como dominio de determinación propia<sup>63</sup>. La forma tradicional podría guardarse bajo los principios nuevos de libertad. El mismo título citado *Del Gobierno* se iniciaba con un artículo en esta dirección de marcarse principios para unas potestades más bien jurisdiccionales y no tanto entonces poderes políticos:

Art. 13. El objeto del Gobierno es la felicidad de la Nación, puesto que el fin de toda sociedad política no es otro que el bien estar de los individuos que la componen.

Art. 13. L'oggetto del Governo è la felicità della Nazione; non essendo altro lo scopo di ogni politica società, che il ben essere di tutti gli individui che la componono.

El fin último son los individuos, los sujetos de derechos constitucionales del artículo cuarto, aquellos que requieren precisamente que las leyes sean *sabias y justas, savie e giuste*, conforme a los derechos mismos, y no productos de determinación propia de unos poderes. Todo esto tenía sentido. Nada de

<sup>60</sup> *Colección de Decretos y órdenes de las Cortes de Cádiz (1811-1813)*, reprint Madrid 1987, vol. 11 (111 original), pp. 763-766 (199-202 originales).

<sup>61</sup> Emilio LA PARRA, *El primer liberalismo español y la Iglesia: Las Cortes de Cádiz*, Alicante 1985; José Antonio ESCUDERO, *La abolición de la Inquisición española*, Madrid 1991; Manuel TERUEL, *Obispos liberales: La utopía de un proyecto, 1820-1823*, Lleida 1996; y sobre todo José María PORTILLO, *La Nazione Cattolica: Cadice 1812. Una Costituzione per la Spagna*, Manduria 1998.

<sup>62</sup> B. CLAVERO, *Antidora: Antropología católica del la economía moderna*, Milán 1991 (*La grâce du don: Anthropologie catholique de l'économie moderne*, París 1996); António M. HESPANHA, *La gracia del derecho: Economía de la cultura en la edad moderna*, Madrid 1993.

<sup>63</sup> J. VALLEJO, *Ruda equidad, ley consumada: Concepción de la potestad normativa, 1250-1350*, Madrid 1992; también ahora desde luego, pese a la reclusión medieval del título, P. GROSSI, *L'ordine giuridico*, pp. 130-144.

ello era retórica. En la versión original quedaba más redondo. Dada la confesionalidad, el mandato constitucional de dirección por ley que trajera causa de derechos de cara específicamente a una iglesia era pieza clave. La de Cádiz es la única Constitución *católica* que haya existido. Hay muchas confesionales y alguna efímera vaticana o lateranense<sup>64</sup>, pero ninguna otra que incorpore la religión al constitucionalismo. Aparte ahora el serio problema del grave impedimento entonces para un derecho de libertad de conciencia, estamos así con todo ante un contexto donde difícilmente podía plantearse la codificación de planta napoleónica, esta forma de absolutismo, aunque ya se conociera y aunque unos códigos estuvieran también previstos por la Constitución misma:

Art. 258. El código civil y criminal, y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que por particulares circunstancias podrán hacer las Cortes.

Art. 247. Il codice civile e criminale, e quello di commercio, sarà lo stesso per tutto il regno delle Due Sicilie: ma senza pregiudizio delle variazioni che per circostanze particolari potrà farvi il Parlamento.

*Cortes* en un sitio y *Parlamento* en el otro son la misma institución, la legislativa, no la judicial. En el caso español, la última salvedad, la de previsión de *variaciones por particulares circunstancias*, puede estar acusando la presencia de otro elemento que tampoco quedará a disposición de ley pues le opondrá resistencia. Se trata de la diversidad territorial por mantenimiento y desarrollo que ahora será consuetudinario y judicial de derecho anterior. Hay caso incluso con cobertura todavía institucional sobre base de continuidad histórica<sup>65</sup>. Es una complejidad de signo comunitario que late en el trasfondo y se pone de manifiesto por esta misma Constitución para *las Españas* dichas, como hemos visto, en plural. No hay en definitiva base para un sistema de ley excluyente y, aún menos, centralizada, para este género de absolutismo<sup>66</sup>. Ya ha quedado señalado porque persiste manifestándose luego en la restricción característica del Código civil español y de su título preliminar, admisible de costumbre regional. Es otro tracto que viene de tiempos preconstitucionales moviendo a ilegalismos constitucionales<sup>67</sup>.

Mas son todas ellas evidencias cuya constancia tiende a perderse o cuya complejidad viene a simplificarse a partir y en la medida de su misma frustración histórica. Con Cádiz resulta que ocurre como con Revolución y Napo-

<sup>64</sup> A. AQUARONE, M. D'ADDIO y G. NEGRI (eds.), *Le Costituzioni italiane*, Milán, 1958, pp. 599-613.

<sup>65</sup> B. CLAVERO, *Fueros Vascos: Historia en tiempos de Constitución*, Barcelona 1985; J. M. PORTILLO, *Monarquía y gobierno provincial: Poder y constitución en las Provincias Vascaas, 1760-1808*, Madrid 1991.

<sup>66</sup> Josep SARRIÓ I GUALDA, *La Diputació provincial de Catalunya sota la Constitució de Cadis, 1812-1814 i 1820-1822*, Barcelona 1991; M. LORENTE, *El juramento constitucional*, Carlos GARRIGA, *Constitución, ley, reglamento*, y C. MUÑOZ DE BUSTILLO, *De Corporación a Constitución: Asturias en España*, los tres trabajos en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, pp. 321-403, pp. 449-531 y pp. 585-632.

<sup>67</sup> B. CLAVERO, P. GROSSI y F. TOMÁS Y VALIENTE (eds.), *Hispania: Entre derechos propios y derechos nacionales*, Milán 1990.

león juntos. Llega a cumplir ambas funciones, la de legitimación y la de fundación, una cosa por la otra, en un discurso español. El efecto de desvirtuación se potencia. Se le tiene a Cádiz por hito de origen de un constitucionalismo caracterizado desde un principio por el sistema de separación de poderes de signo legalista que sería el único legítimo y casi el único pensable, el absolutista de partida. Es una vista miope del pasado que bloquea la visión de horizonte para el presente. 1812 resulta 1789 y 1804 a un tiempo. Sólo recientemente está comenzándose a confrontar en serio y replantear a fondo dicha imagen genesiaca y protanómica<sup>68</sup>.

La mitología francesa me parece que está ahora demostrándose más resistente que la española ante la hipoteca y el lastre de unas desvirtuaciones tanto historiográficas como también constitucionales. Al fin y al cabo, España es más frágil puesto que cuenta con un origen menos fuerte y una tradición más débil, además de con una codificación nunca redonda. La Revolución francesa no es comparable con ninguna otra. No lo es sobre todo como generatriz de mitos. Le queda fuelle y resuello para seguir brindando apariencia de cobertura a discursos dudosamente constitucionales sobre la separación de poderes y el imperio de la ley como principios para la garantía de derechos y no al contrario, no la fórmula inversa de libertad por delante de poder que era realmente el motivo revolucionario y lo es constitucional. La mitología tiene fuerza propia para producir tanto historiografía, la imaginación del pasado, como historia, la realidad del presente. Ante esto, aun recluyéndose en el campo civil y no queriendo extenderse al constitucional, la obra de Paolo Grossi sobre el *assolutismo giuridico* es sencilla y llanamente el mejor anticuerpo de que hoy se dispone. Paso al acto tercero y último, al desenlace, si cabe, de la trama.

## 6. ASSOLUTISMO GIURIDICO Y CULTURA CONSTITUCIONAL

«Quello che certamente va respinto nella codificazione civile è il concetto che si accompagnò primamente con essa, il concetto che ebbero gli uomini del 1789 e gli autori del codice Napoleon, e che informò la scuola dei grandi esegeti francesi dell'ottocento», son palabras escritas por Filippo Vassalli, la eminencia gris del Código italiano de 1942. Paolo Grossi, recordándolas, tiene una convicción que compartir y una objeción que plantear: «Si potrà forse dire che Vassalli fa qui torto, con questo generico giudizio, ad alcuni compilatori del *code civil* (per esempio al Portalis), ma non si può non rilevare la sostanziale esattezza della diagnosi»<sup>69</sup>.

<sup>68</sup> *Anuario de Historia del Derecho Español*, 65, 1995, citado, con más trabajos que los ya registrados en una parte monográfica, por iniciativa de F. TOMÁS Y VALIENTE, sobre la Constitución de Cádiz; José María INURRITEGUI y J. M. PORTILLO (eds), *Constitución en España: Orígenes y destinos*, Madrid, 1998.

<sup>69</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 307, n. 43, y en texto: «Vassalli porta, infatti, il suo ditto accusatore, più che sul Codice —che può essere espedito utile se non

El juicio es ciertamente demasiado genérico, induciendo a confusión. El matiz de Grossi salva a algún codificador entre los napoleónicos con la sensibilidad que le da para esto su estudio del mismo caso de Vassalli, congénere mussoliniano que no se plegara a unas directrices fascistas<sup>70</sup>. No tuvo este éxito Portalis respecto a los planteamientos napoleónicos que no coincidían cabalmente con su concepción íntima del derecho. Alguna pista nos la ofrece el mismo Grossi: «Non aveva torto Portalis, il “legislatore”, il protagonista della Codificazione napoleonica ma giurista educato giuridicamente nel clima prerivoluzionario –e quindi uomo di transizione e di spartaque–, a rilevare nel suo *Discours préliminaire* al progetto di Codice civile dell’anno IX (1801) che una codificazione unitaria sarebbe stata, più che impossibile, impensabile nell’*ancien régime* quando la France n’*était qu’une société de sociétés*». No encuentro otra pista en el libro<sup>71</sup>.

Sabido es que había más, algo que puede estar también entendido tras la salvedad de Portalis por Grossi. Aquel era un notorio defensor de un *droit naturel* cuyo registro no cabía desde luego en el *Titre préliminaire* del *Code*. Fue codificador napoleónico sin comulgar plenamente con la fórmula primaria legalista de la propia codificación<sup>72</sup> ¿Qué derecho natural era ese, el tradicional de la doctrina o el constitucional de los derechos? No parece exactamente lo primero, pero tampoco lo segundo, salvo si acaso, como el propio *Code*, en lo que respecta a un derecho de libertad tan sólo, el de propiedad<sup>73</sup>. Y no es éste precisamente un terreno donde pueda congeniar Grossi con Portalis o en el que podamos sin injusticia asimilarles por encima del tiempo<sup>74</sup>. La sintonización actual se produciría por la sensibilidad para con un pluralismo como el prerrevolucionario de origen medieval y quizá también por la

---

necessario in una società complessa–, sulla mentalità con cui esso fu accompagnato, sulla ideologia assolutista».

<sup>70</sup> Recuperando la complejidad del caso, el capítulo dedicado en *Assolutismo giuridico e diritto privato* a Filippo VASSALLI, el noveno, resulta el más apasionante a mi entender o quizá debiera decir a mi gusto. Se comprenderá mi personal expectación ante los *Quaderni Fiorentini*, 28, 1999, anunciados como monográficos sobre *Continuità e trasformazione: La scienza giuridica italiana tra fascismo e Repubblica*.

<sup>71</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 469; pp. 7-8: «Portalis e gli altri redattori (del Code), uomini, spesso, portatori di idee circolanti nell’antico regime in cui erano stati educati»; pp. 30, 309 ó 317 como codificador sin matiz ulterior. No se ofrece índice de autores ni se adaptan las remisiones ahora internas entre capítulos, lo que hubiera sido útil también porque hay casos incluso de correcciones al cabo de la década (por ejemplo, pp. 69, 284 y 430 respecto a Francesco FERRARA).

<sup>72</sup> P. A. FENET (ed.), *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, París, 1827 (facsimilar 1968), vol. 1, pp. 463-523, y vol. VI, pp. 33-52, 243-273 y 344-363; Bernard BEIGNIER, *Portalis et le droit naturel dans le Code civil*, en *Revue d’Histoire des Facultés de Droit et de la Science Juridique*, 6, 1988, pp. 77-101.

<sup>73</sup> B. CLAVERO, «*Les domaines de la propriété*», 1789-1814, pp. 327-333.

<sup>74</sup> P. GROSSI, «*Un altro modo di possedere*». *La emersione di forme alternative di proprietà alla coscienza postunitaria*, Milán 1977, que cuenta con traducción al inglés y, sólo parcial, lo no italiano, al castellano: *Historia del derecho de propiedad: La irrupción del colectivismo en la conciencia europea*, Barcelona 1986.

propia noción, si no de un determinado *droit naturel* de procedencia más moderna<sup>75</sup>, de derecho irreductible a ley en términos más genéricos. Grossi mismo no resulta muy preciso respecto a la concreción propia de estos referentes para un tiempo constitucional más allá de la confrontación entre derecho histórico y paradigma codificadorio con más simpatía siempre de fondo respecto al primero<sup>76</sup>.

Grossi mira ciertamente a tiempos preconstitucionales para recuperar tal tipo de cosas perdidas con la codificación y mal salvadas por sus críticos<sup>77</sup>. Aun con protestas firmes frente al retrogradismo jurídico, contra la misma posibilidad de resucitar sin más ni sistema histórico ni resistencia contemporánea, la impresión que se ofrece es la de que no se acaba de atender a requerimientos constitucionales<sup>78</sup>. La cuestión inmediata es entonces si no estamos efectivamente dejando que se extravíen otros elementos que también importan a un orden no reductivo de derechos plurales, aquellos además que más puedan servirnos hoy, los que encontramos también en la historia como por ejemplo entre 1789 y 1791, mas no en 1804, no ciertamente en el Código. Grossi tiene el acierto de resaltar la mala conciencia bien significativa de unas vetas menos absolutistas o incluso críticas entre los mismos responsables de la codificación más legalista, tanto en la napoleónica como en la fascista, tanto en Portalis como en Vassalli, pero, puestos a hacer salvedades, ¿no habría que redimir del *generico giudizio*, del juicio nada privativo de este último, ante todo y principalmente a la Revolución misma, para salvar Constitución, para esto básico y principal? 1989 fue un año notable quizá también por lo que celebró, el bicentenario, aunque no por todas las razones del festejo que se vocearan y entendieran.

La salvedad de la Revolución no sólo corresponde por justicia, por dar a cada cual lo suyo, sino también por cultura, por darnos a todos y todas lo nuestro. Si el Código representa ley, la Revolución trae derecho, un derecho además netamente distinto al de la historia anterior. Grossi es naturalmente consciente de que no cabe arrastrar de la historia elementos para el presente. Si colaciona el pasado de cara al futuro, es para que se asuma conciencia jurídica mediante conocimiento histórico<sup>79</sup>. En esto la operación creo que resulta

<sup>75</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 5: «Il giusnaturalismo (sei-settecentesco), con le sue favole apparentemente ingenue e leggiadre ma che, nella sostanza, inchiodavano il diritto in una modelistica ferrea, fu chiamato a fondare il nuovo diritto del nuovo Stato».

<sup>76</sup> Permítaseme ahora el intento de guiarme por el ejemplo de unos maestros: P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 195: «Gény tessava l'elogio di Saleilles senza mai nascondere, ma dichiarando apertamente, i suoi dissensi».

<sup>77</sup> Es perspectiva que, saltando en ambas ocasiones sobre siglos entre tiempos medievales y contemporáneos o tendiendo a la fusión de unos ya dichos modernos más con éstos que con aquéllos, se expone con mayor franqueza en el ya citado capítulo octavo, *Un diritto senza stato: La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*, y en el duodécimo, *Modernità politica e ordine giuridico*.

<sup>78</sup> *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. VII, comienza por estar encabezado con una cita de Paul CLAUDEL: «Le passé est une incarnation de la chose à venir».

<sup>79</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 22: «Qui nessuno vuole incorrere nel peccato di donchisciottismo (che per un uomo di cultura sarebbe certamente peccato non

impecable. Sus protestas son justas además de firmes. Mi cuestión puede incluso considerarse que no mira a lo que hace, sino a lo que deja de hacer, a lo que no cabe requerirle sin cometer abuso como comencé advirtiendo. Gracias a la perspectiva que abre y a la sensibilidad que comunica, pueden añadirse cuestionarios<sup>80</sup>. Es bueno en todo caso que nos esmeremos en deshacer equívocos si nuestra profesión es la historiográfica y no la constitucional, así como nuestro objeto, el iusprivatismo y no el constitucionalismo.

Tullio Ascarelli compartía con Filippo Vassalli la profunda insatisfacción ante el paradigma legalista, pero no otras cosas. Podía ser evidente, dada su distancia frente al fascismo, pero quiso dejarlo señalado: «La delimitazione della tesi al diritto civile si collega con una istanza che, piuttosto che attenere alla identificazione oggettiva della natura del diritto, mira programmaticamente a sottrarre il diritto privato alla influenza dello stato e delle forze politiche per affidarlo invece aristocraticamente ai giuristi come tecnici e come interpreti della costruzione logica»<sup>81</sup>. Tiene no sólo el buen gusto, sino también el óptimo sentido, de no marcar la distinción entre exilio y colaboracionismo, sino esta otra entre apertura a la sociedad y clausura en la doctrina. Por esto y no por aquello era que Vassalli había resistido interiormente al fascismo y el *Codice* junto con él, aunque no sin sufrir desde luego contaminaciones<sup>82</sup>. Quien cultiva la historia y mira hacia ella también cuando afronta un presente, corre el riesgo de ser asimilado, no a la posición abierta de Ascarelli, sino a la cerrada de Vassalli, lo que en el caso ya sería la injusticia más crasa<sup>83</sup>.

Grossi mira ciertamente a doctrina histórica con una predilección que no tiene nada que envidiar a la de Vassalli además de con un conocimiento, este sí, envidiable, pero su posición es bien distinta tanto por el rechazo más inequívoco del absolutismo como también por la admisión nada recelosa de otras

---

veniale), né invocare modello strani e né proporre inversione di rotta. Sarebbe, se non altro, maledettamente antistorico proprio dopo due secoli di plagio perpetrato e di ufficialità giuridica trionfante. Quel che importa è invece la verifica di un sentimento diffuso di insoddisfazione, la palinogenesi di una autocritica del giurista, la problematizzazione del finora indiscusso perchè finora indiscutibile».

<sup>80</sup> P. GROSSI (ed.), *Giuristi e legislatori: Pensiero giuridico e innovazione legislativa nel processo di produzione del diritto*, Milán, 1997.

<sup>81</sup> T. ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, p. XXXIII, nota 22, lo que puntualiza tras confesarse en sintonía con el mismo F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile* (1952, suscrito en 1949), ahora en sus *Studi Giuridici*, vol. 111.2, *Studi vari, 1942-1955*, Milán, 1960, pp. 753-763. Tuvo versión al castellano, *El derecho civil y su vinculación al Estado*, como conferencia pronunciada a fines de 1951 en Córdoba de Argentina que no sé si se publicó. También ignoro si respondió a la crítica de Tullio ASCARELLI.

<sup>82</sup> P. GROSSI, *Absolutismo giuridico e diritto privato*, pp. 9, 192 y 281, respecto a la impronta aún más inequívocamente estatalista del preliminar de fuentes del *Codice* de 1942 en relación al de 1865: «Mi vorrebbe voglia –questo sí– di qualificare come *fascista* per la carica autoritaria, assolutistica, di cui è portatore» el del siglo xx.

<sup>83</sup> Baste para conjurarla la lectura del par seguido de capítulos dedicados en *Absolutismo giuridico e diritto privato* a dichos juristas, el noveno, *Il disagio di un 'Legislatore': Filippo Vassalli e le aporie dell'assolutismo giuridico*, y el décimo, *Le aporie dell'assolutismo giuridico: Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli*.

fuentes menos elitistas como es el caso de la costumbre que puede decirse no sólo social, sino también popular<sup>84</sup>. Pero también es cierto que, en el momento de la verdad de la superación del legalismo, a quien mira ante todo, no digo que en exclusiva, es a la doctrina<sup>85</sup>. Últimamente potencia un motivo de *autonomía* alternativo al de *soberanía* que, aun presentándose mediante proyección histórica desde tiempos medievales, puede servir desde luego en el presente constitucional para una devolución y confianza del derecho más a la sociedad misma que a una élite de juristas<sup>86</sup>.

Como tal alternativa actual al Estado de poderes y a sus clónicos regionales más supra que infraestatales, el principio de autonomía puede rendir resultados constitucionales<sup>87</sup>, pero también cubrir ordenamientos que la obra de Grossi redime de *assolutismo* y casi de historia, como, sin ir más lejos, el de una iglesia, la católica<sup>88</sup>. Con el reto que plantean al constitucionalismo y las religiones en particular ésta, estamos en otra órbita que la única Constitución *católica* realmente existida, la de Cádiz. Pero lo están en parte al respecto los mismos órdenes institucionales establecidos por nuestros lares<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Al respecto me parece clave el trabajo sobre *Assolutismo giuridico e proprietà collettive* recogido en el volumen anterior, *Il dominio e le cose*, y no por ello en éste (*Nota prefazionale*, p. VIII), pues es también piedra de toque para la propia cuestión constitucional al llegar la admisión de costumbre popular y estatutos derivados hasta el extremo de cohesionar la discriminación por sexo, inclusive una eclesiástica, pero esto con argumento de pluralismo cultural presente y no sólo, que también, de tradición histórica. El capítulo apareció en *Quaderni Fiorentini*, 19, 1990, pp. 505-555, faltando en esta primera versión el extremo de la discriminación; ya figura, p. 297, en la edición de *Rivista di Diritto Agrario*, 80, 1991, pp. 247-301.

<sup>85</sup> P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 23: «La legge è pensata più come schema ordinante che come volizione autorevole, e ogni schema ordinante rimanda necessariamente a quel groviglio di strutture che è chiamato a ordinare, cioè a organizzare con assetti congeniali e non con strumenti insensibili e conculcanti. E il rispetto verso la legge si sposa al rispetto verso l'interprete, che non è più considerato come il personaggio imbavagliato della tradizione continentale». E interesa a ello en particular el capítulo séptimo, *Scienza giuridica e legislazione nella esperienza attuale del diritto*.

<sup>86</sup> Es la vertiente que a efectos actuales entiendo valiosa de los referidos capítulos más proyectores de historia preconstitucional: el octavo, *Un diritto senza stato: La nozione di autonomia come fondamento della costituzione giuridica medievale*, y el duodécimo, *Modernità politica e ordine giuridico*. El motivo de la autonomía es también básico para su *Ordine giuridico medievale*, de donde viene ahora su potenciación.

<sup>87</sup> P. GROSSI, *Alla ricerca di frammenti di verità*, p. XXXIX. «Mi pareva, insomma, e tuttora mi pare, che l'ostacolo maggiore per il processo di ricostruzione unitaria dell'Europa anche sotto il profilo giuridico non venisse dalle micro-comunità che ben possono presupporre, coi loro confini elastici, una struttura político giuridica superiore, ma dalle macro-comunità, i cui confini elastici non sono perchè segnati dai picchetti fissi delle differenti sovranità».

<sup>88</sup> P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, pp. 109-123 y 213-222: *Presenza giuridica della Chiesa; Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, p. 744: el requerimiento judicial de no discriminación por sexo en formaciones sociales autónomas «equivarrebbe a quello d'un giudice italiano che pretendesse d'intervenire sulla esclusione delle donne dal sacerdozio tradizionalmente osservata nell'ordinamento della Chiesa Cattolica», entendiéndose que con esto queda la intervención descartada, como ya he referido.

<sup>89</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 106: «La Chiesa cattolica, a quanto consta, se ha adottato il linguaggio dei diritti, no si è mai convertita ai diritti della tradizione laica e non ha mai annullato le sue riserve radicali sui diritti della Rivoluzione francese». Respecto a la discrimina-

Con todo y en suma, en lo que respecta a la obra de Paolo Grossi, no me parece que resulte asimilable o ni siquiera comparable con ninguna otra conocida o al menos que yo conozca. Pero también pienso que da pie, con su franqueza y con sus entendidos, a los rechazos y a los equívocos<sup>90</sup>. La misma reserva frente a la Revolución francesa no acaba de aclararse si se debe todavía a tradición católica o ya a motivación de libertades, bien que lo primero tampoco quita para que finalmente resulte constitucionalmente incisiva. El libro no sé si podrá ahora bastarse para despejar dudas porque no todo o ni siquiera su misma inteligencia depende de su esfuerzo. No hablo del mío por lo que ya advertí de que soy lector y crítico, no portavoz ni intérprete. Topamos con dificultades que nos afectan a todos y todas. Nos movemos no sólo por un escenario iluso, sino también por un campo minado. Mejor es, lectores y lectoras, estar alerta.

Podemos estar sobre aviso. Entre la lección actual de Paolo Grossi y la pasada de la Revolución francesa, creo que cabe al menos que nos situemos unos alumnos y alumnas de historia y de derecho, de ambas cosas. De un resto, de toda una mayoría en el mismo terreno jurídico e incluso en el constitucional, no respondo ni podría. Una necrología por un infante no difunto, el *epicedio per l'assolutismo giuridico*, ¿va a ser objeto de lectura más receptiva en el cambio de milenio que en 1989? No será porque la pavana no se explique ahora crecida como libro<sup>91</sup>, mas no sé si ha quedado el mercado de las ideas realmente tan desembargado. ¿Ha caído también en estos años el muro interior del dudoso constitucionalismo de matriz vecina? ¿Cuánto no sigue pesando la idea de que es cuestión nada menos que de civilización el predicamento y la adopción de un orden constitucional conforme a lo que se entiende como conquistas universales de la Revolución francesa y que resulta en reali-

---

ción concreta por sexo, para discusión de la admitida por el orden constitucional español, inclusive la monárquica, la nobiliaria, la militar como también la eclesiástica, B. CLAVERO, *Sexo de derecho, acoso de justicia: Comentario de jurisprudencia*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, 52, 1998, pp. 189-217.

<sup>90</sup> Otra piedra de toque en el terreno constitucionalmente más sensible al legalismo: P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto penale*, p. 474: se trata de «recuperarlo e affrancarlo (il diritto penale) da ogni possibile arbitrio, che può essere –dietro l'ossessione illuministica– l'arbitrio del giudice, ma anche l'arbitrio del singolo legislatore positivo», derivando tras una constatación tan justa y saludable acto seguido, con la guía de Francesco CARRARA, a una aspiración «universalística», incluso «católica», del orden penal y no al ras de tierra del jurado comunitario y la justicia no tan investida o tampoco al firmamento de otras fórmulas constitucionales de garantías judiciales frente a toda arbitrariedad, inclusive. Pero ¿cuántas posiciones que se tienen por constitucionales no descuidan también, con la presunción de ley, este flanco?

<sup>91</sup> La relectura hoy del *Epicedio*, al cabo de la década y como parte del libro, aprecia hasta qué punto no tenía nada de improvisado, aunque el discurso fuera de ocasión, el impulso de efemérides, la de 1789, y además se publicara primeramente en una sección no destacada de los *Quaderni Fiorentini*. Por todo esto no creo que Paolo GROSSI ya tuviera concebido el programa de trabajo; como ha reconocido, también se mueve por el acicate de las incomprensiones, pero ahí estaba germinalmente el volumen (véanse citas entre páginas 13 y 31; y ya comparecen los nombres claves que luego se estudian). Mas a juzgar por los trabajos publicados entre 1989 y 1991, inclusive *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, el arranque fue brioso.

dad producto particular del Imperio napoleónico? Sólo con formularse las preguntas se recrudece el escepticismo. Hay motivos no sólo subjetivos.

Lo que se confrontó ayer y confrontamos hoy no es un sistema puramente legalista. No nos llamemos a engaño. Ni lo ha sido jamás ni pretende siquiera serlo ahora. *Panlegalismo* no ha existido ni hay visos de que vaya a existir. Pero *absolutismo*, haberlo, haylo, aunque no llegue así nunca a materializarse del todo. Ha sido y puede seguir siendo un principio de legitimidad normativa que deja completamente en precario a las fuentes no políticas contando con la capacidad efectiva de sujetarlas, acorralarlas y diezmarlas, pero no de borrarlas del mapa. Este totalitarismo jurídico ni siquiera estuvo en la intención del *Code*, de un código al que hemos visto referirse a *bonnes moeurs* y a *conventions particulières* y que realmente respondía a una concepción del derecho de propiedad y de la familia patriarcal como *droit naturel*. Ni siquiera la codificación matriz era realmente panlegalista. No cabía que lo fuera<sup>92</sup>. Mas frente a una presencia legitimadora y una fuerza laminadora, no creo que valga la alegación de la subsistencia o incluso el reverdecimiento de otras fuentes como argumento contrario a la existencia de un absolutismo jurídico o más bien normativo. Con esta expresión de *assolutismo giuridico* equiparada además de forma expresa a *panlegalismo*, intercambiables ambas, hay en verdad malentendidos que favorece a mi entender el mismo Grossi<sup>93</sup>.

El *assolutismo* nunca fue redondo. Si hay algo así de extremo en la historia como en el presente, no es el régimen de ley, sino el complejo de derecho. Todo sistema es combinatorio. Y la combinación del caso no es fácil de captar, no digamos de analizar, por las mismas pretensiones que campean y presunciones que contaminan respecto tanto a la visión del pasado como al manejo del presente. Tampoco frente a esto se trata de que emprendamos una labor depuradora y derogatoria de cultura ilusa. Desvirtuaciones y fraudes de ayer y hoy son factores cuya acción no debe despreciarse ni ignorarse si queremos entender y manejarnos. No debemos proceder a cancelaciones a efectos ni intelectivos ni operacionales. Sería una ingenuidad pensar que basta para librarnos de la hipoteca con desenmascarar la invención de tradición, como en este punto de la fusión entre Napoleón y Revolución engendrando la ley identificada con derecho<sup>94</sup>.

<sup>92</sup> Para el caso elocuentísimo a estos efectos de Latinoamérica, B. CLAVERO, *Ley del Código*, pp. 130-164.

<sup>93</sup> La presencia de otras fuentes es alegación común contra la idea de *assolutismo* en tiempo constitucional: M. ASCHERI, *Eine mittelalterliche Rechtsordnung*, p. 64, refiriéndose a costumbre y a doctrina, a las cosas precisamente cuya presencia más considera GROSSI. A lo largo de las páginas de *Assolutismo giuridico e diritto privato* puede observarse incluso un refuerzo, con la polémica sorda, de la descalificación *assolutista*, resultando *panlegalismo* y derivados expresión más característica de trabajos más recientes.

<sup>94</sup> B. CLAVERO, *Happy Constitution*, pp. 46-55: ¿De que sirve poner de manifiesto que ni Montesquieu ni Beccaria ni escribieron ni pudieron pensar lo que la cultura de ley les endosa si su autoridad actual deriva de esa lectura sesgada y el legalismo relativo de hoy no depende de la tradición inventada de ayer? Tiene por dada dicha metamorfosis el propio P. GROSSI, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, p. 21, y no sólo desde luego sus fuentes, p. 430. Pero Montesquieu y

¿Cómo vamos a adentrarnos en la auscultación y el diagnóstico, en los análisis y el tratamiento, mientras que nuestra cultura jurídica, la política y la social, no sólo la profesional, deambule todavía entre presunciones de acciones buenas, las legislativas, e intromisiones malas, las judiciales, con una mitología histórica de respaldo que ofrece ejemplo eludiendo olímpicamente el mismo contraste de las evidencias? ¿De qué sirve en la práctica exponerlas? ¿Cuánto no viene proponiéndose por mérito del propio Grossi sin lograrse mucha más audiencia que la mínima ya adepta? ¿Cómo puede sensibilizarse una cultura de ley que se reproduce tanto por tribunales de justicia como por facultades de estudios pues a unos y a otras les constituye? No se trata de un mero debate intelectual. El mercado no es solamente de las ideas. Ni sólo a la doctrina interesa. La pugna es todavía con Napoleón, sigamos diciéndolo en términos prosopopéyicos. Desde sus tiempos, hay de todo, ilegalismos democráticos como legalismos dictatoriales igual que las viceversas, rigideces de democracia como ductilidades de dictadura. La ley y su imperio no definen de por sí y en solitario tanto. Menos lo hacen rigidez o ductilidad.

Tampoco es que por principio la acción judicial sea la buena y la determinación legislativa la mala. El propio Grossi no deja de hacer advertencia de la virtud de la ley e incluso del Código si no se identifican con derecho, si desisten de su vocación autista. No vamos a recaer ahora en simplezas canjeando por la inversa crédito de ley y descrédito de justicia, de costumbre o de la misma doctrina, que también lo sufrió estrepitoso con la exégesis del *Code* y sus secuelas. Ya entonces se construyeron ciegamente y vapulearon alegremente maniqueos. No sigamos semejante ejemplo. Si atribuimos, sin ir más lejos, el legalismo a la Revolución francesa, no importa ahora mucho que lo hagamos apologetica o críticamente a los efectos de pérdida de experiencias y de acentuación de miopía para la complejidad que más nos importa, la contemporánea, la constitucional, aquella que se manifestó en ella desde un inicio. En todo caso, si funcionamos con maniqueos, tanto da que sea en favor o a la contra. Poco van a rendimos salvo la confirmación de nuestros propios prejuicios, los de diverso signo que hacen el diálogo imposible.

La advertencia por lo menos ya está expuesta a las alturas de nuestro tiempo y por nuestros medios, pues no todos entre los constitucionales la necesitan, y esto ahora también especialmente mediante el tópico del *diritto mite*<sup>95</sup>. Resulta que el constitucionalismo ha reclamado siempre como reclama hoy ductilidad y no cualquiera, sino la más dulce de todas, la de las libertades. Otra cosa supone, si no apagón, caída del sistema; si no dictadu-

---

Beccaria por ser personajes de más fama no pierden el derecho a la misma justicia póstuma que Portalis y Vassalli.

<sup>95</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, pp. 212-213: «Il legislatore deve rassegnarsi a vedere le proprie leggi come parti del diritto, non come tutto il diritto. Può pretendere però, dai giudici come dalla Corte costituzionale, che siano mantenute aperte le possibilità di esercitare il suo diritto a contribuire politicamente alla formazione dell'ordinamento giuridico (...). I giudici non sono i padroni del diritto nello stesso senso in cui il legislatore lo era nel secolo scorso. Essi sono più propriamente i garanti della complessità strutturale del diritto nello Stato costituzionale».

ra, codificación. No hay pérdida sólo de energía jurídica, sino también de materia constitucional. Entre 1789 y 1804, entre Revolución y Napoleón, se han extraviado los principios de libertad que inspiraban una dulce ductilidad, aquella nunca bien recuperada, una bastante inédita hasta hoy. Y no es efectivamente, como enseña Grossi frente al recelo ajeno, que se trate ahora del imposible rescate de un pasado perdido, sino de la posible ganancia de un futuro más abierto por medio del recobro un presente menos cerrado. De esto, de una cuestión antes ciudadana que científica, es de lo que se trata <sup>96</sup>.

Recuperemos el sentido constitucional de la complejidad, éste en concreto. No nos llamemos tampoco a engaño ante reclamos de ductilidad menos cualificados con libertades. Cuidemos la forma y el motivo. Miremos finalmente no sólo ni tanto a historia como a constitucionalismo, menos a contrastes históricos y más a requerimientos constitucionales. Hoy, en plena refliega de un debate que no es nuevo, lo que abunda es el desconcierto. Antes de que la justa entre legisladores y jueces se convirtiera en materia confusa de sucesos para la prensa diaria, ya hemos tenido la oportuna advertencia de que este género de operaciones encaradas con la ley y descaradas con la justicia cabe que resulte sencillamente regresivo. Toda una política de *uso alternativo del derecho* temeraria para los derechos, por arriesgar garantías, ya ha podido servir también para dispararse la señal de alarma <sup>97</sup>. El *derecho dúctil* es esto, blando, en su doble sentido de maleable y maleado. Para malearse, la ley y la justicia se las pintan solas. Valgan todas las prosopopeyas.

De una cosa tan sólo me siento en todo esto seguro. Todo constitucionalismo genuino debe combinar fuentes y no caer en simplezas. El derecho ha de ser composición a efectos también constitutivos. Nada resulta menos constitucional en tiempos constitucionales que el sistema de poderes que produjera Napoleón y se atribuye a la Revolución, el de imperio de ley entendida como norma de determinación política que se identifica sencillamente con el orden jurídico. A nuestras alturas, lejos del momento revolucionario, con la conciencia asumida de los riesgos que comporta la ruptura de un tracto para el derecho mismo, aunque sea mediante ley, gracias a la enseñanza de la parábola napoleónica, me atrevería incluso a afirmar sin más que lo uno, lo complejo, es lo propiamente constitucional, mientras que lo otro, lo sencillo, lo inconstitucional y punto. También puede resultar esto por algo más de principio, porque, pese a lo que se pretendiera en 1789 con la *Déclaration des Droits*, no es regla de ley, sino justicia de caso lo que puede ante todo considerar y garantizar libertad entre libertades, con toda la complejidad de todos los particularis-

<sup>96</sup> U. ALLEGRETTI, *Profilo di storia costituzionale italiana*, pp. 567-575; comentándolo a dicho propósito, B. CLAVERO, *De un derecho, la Constitución, y de un revés, la Historia*, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, 60, 1990, pp. 607-632.

<sup>97</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 211: «Si giustificano così tutte le reserve nei confronti dei tentativi variamente messi in opera per spostare la linea di confine a favore della giurisdizione e negare il valore che alla legge appartiene in quanto tale. Il cosiddetto uso alternativo del diritto ha rappresentato, agli inizi degli anni Settanta, un tentativo di questo genere».

mos entonces<sup>98</sup>. La misma Revolución supo verlo a su modo enseguida. En su sola ocasión realmente constituyente, la única de este valor, para el campo decisivo de la justicia, *la Paix* primó sobre *la Loi*. Fue primero por delante de la ley. Sería posición vencida, mas no perdida nunca del todo.

La derivación fue otra y condujo a otro término, al de la dureza del Código para con los privados, pues no en principio para con los poderes. Llega también a éstos mediante el fenómeno de la llamada *decodificación*, lo que es no sólo la multiplicación del número, sino también la ampliación del ámbito de la legislación. Es la proliferación de correctivos por medio siempre de la ley. Es también su desvirtuación como norma general a medida que así se dilata su imperio<sup>99</sup>. Hemos venido acercándonos a un sistema cerrado no sólo frente a los unos, los privados, sino también frente a los otros, los poderes, pero es movimiento nunca consumado y de cuadratura quizá imposible. Algo así de rígido, un sistema completamente legalista, no ha llegado a redondearse en realidad nunca pues dicho mismo desarrollo de poder legislativo viene movido, acompañado o sucedido por recuperación constitucional de libertad, esto último de mediar dictaduras dúctiles para el poder. No tenemos hoy tal modelo ciertamente por nuestros lares, los franceses, italianos y españoles, pero se ha estado en las cercanías y sigue estándose por los aledaños. El movimiento en la dirección legislativa ha venido produciéndose en forma no siempre saneada ni compensándose con el de signo constitucional. No sólo en el caso de Francia pueden estar pesando gravámenes y secuelas. Aún los sufre una cultura y con ella el derecho. La historia *Grossi modo*, bien que no constitucional, puede ser reconstituyente<sup>100</sup>.

La misma expansión de la ley ha alterado el panorama no sólo además en lo que toca al ordenamiento efectivo, sino también a su representación doctrinal, a su imaginación propia. El escenario engañosamente legalista, engañoso pues no alcanzaba a poderes, del iuscivilismo decimonónico ha podido rehabilitarse, quedando velada su misma crisis de conciencia finisecular, la que Grossi, buen fotógrafo de objetivo bien sensible, vuelve ahora a retratar. El constitucionalismo ha venido a interesarse finalmente por fuentes cuando la ley alcanza a poder, apuntalando la misma imagen legalista que había hecho

<sup>98</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 183: «Allora (secolo XIX), la regola legislativa contrastante con le esigenze regolative era legge e nulla ne poteva impedire l'applicazione (...). Oggi, al contrario, l'impossibilità di giungere a quella composizione apre una questione che non riguarda piú l'interpretazione della legge ma la sua validità. Le esigenze dei casi valgono di più della volontà legislativa e possono invalidarla».

<sup>99</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 47: «L'idea che le leggi e le altre fonti, nel loro insieme, costituiscono di per sé un ordinamento, come poteva essere nel secolo scorso (XIX), è oggi completamente da scartare. La crisi della idea di codice è la manifestazione saliente di questo cambiamento. In queste condizioni, l'esigenza di una riconduzione a unità deve fare i conti con la crisi del principio di legalità, determinata dell'accentuata perdita di senso, polverizzazione e incoerenza della legge e delle altre fonti del diritto», oficiales se entiende.

<sup>100</sup> P. GROSSI, *El punto y la línea: Historia del derecho y derecho positivo en la formación del jurista de nuestro tiempo*, Sevilla 1998, que es lección doctoral en la Universidad de Sevilla, traducción mía; texto original en *Rivista di Storia del Diritto Italiano*, 70, 1997, pp. 5-16.

aguas en el campo privatista de la codificación. Es la sombra del fondo en el retrato de Grossi. El mismo establecimiento democrático de sufragio sin discriminación de clase ni sexo y una apertura parlamentaria hacia la sociedad a través de los partidos políticos sin término de comparación con la práctica decimonónica son también cosas que contribuyen a la recuperación de la ley, sobre todo por contraste con la justicia que no conoce una evolución mínimamente equiparable. Por cuanto que la misma mantiene substancialmente su dependencia legislativa por nuestros lares<sup>101</sup>, se entiende que no tiene por qué reponder a requerimientos de democracia propios. Hasta tal punto sigue siendo constitucionalmente operativo un legalismo imaginario. Es parte toda ésta de la fotografía que ahora ofrece el *assolutismo giuridico* no sé si también velada o todavía por revelar.

Recuperemos foto de época para lograrla más completa actual. Revelemos las partes veladas. No sólo la Revolución francesa, sino también unos orígenes constitucionales mucho menos revolucionarios como los *católicos* de Cádiz brindan ahora imágenes, pues ya no pueden realidades, más que pintiparadas. Ahí tenemos *la Paz* que podía ser tan complementaria como correctiva o como incluso sustitutoria de *la Ley* y del mismo *Código* por la base además y no por la cúspide, no por poderes retenidos ni por jurisdicciones centralizadas. Podía generar la paz todo un derecho por atención a todos unos derechos, los de libertad. Las libertades mismas podían y pueden multiplicar fuentes. Tanto las leyes como las jurisprudencias, las costumbres como las doctrinas, todo ello ya dicho definitivamente en plural<sup>102</sup>, pudieron y pueden ser exponentes y resultar funciones de derechos propiamente constitucionales, de principios substanciales y no solamente procedimentales de constitucionalidad, los de libertad. Mas no son éstas las imágenes ni de pasado ni de presente que tenemos en las fotos habitualmente reproducidas por historiografía jurídica y por doctrina constitucional.

Lo que tenemos a la vista de presente es un retrato incomprensible si no sumamos factores no siempre ni en todo imaginarios. Un legalismo más completo, pues interesa a poderes, se entroniza cuando es más imposible, ahora que realmente puja el requerimiento constitucional de derechos de libertad como premisa del ordenamiento entero. Es delirio, pero tiene método. Hay forma de que se imagine porque la hay de que opere. El legalismo nunca es

<sup>101</sup> Se habrá observado que, salvo por remisión a obra propia, no he tocado para nada el derecho que se dice comparado, esto es, que compara no sólo ordenamientos similares, sino también sistemas y paradigmas varios. En esto sigo aquí también a Paolo GROSSI, cuyas referencias a *commom law* como constitucionalismo de otro tracto y otra práctica, alguna citada, se reducen a la indicación.

<sup>102</sup> G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, p. 202: «Non l'assolutismo di una sola ragione e nemmeno il relativismo rispetto alle tante ragioni (una o un'altra, pari sono), ma il pluralismo (le une e le altre, per quanto possibile, insieme)». Y esto más comprensivo del *pluralismo* de las mismas fuentes es motivo constante con registro también constitucional en el *Assolutismo giuridico e diritto privato* de Paolo GROSSI. Véase últimamente en su *Prefazione a Giuristi e legislatori*, pp. V-VII, o con anterioridad, como pluralismo antropológico que sería requerimiento de constitucionalismo, en *Assolutismo giuridico e proprietà collettive*, pp. 696, 733 y 740-741.

algo meramente imaginario. Ni resulta gratuito. Su misma simpleza como imagen acusa la complejidad del derecho como cultura. El reto al fin estriba en el cargo y la cuenta del complejo y las resultas respecto al pasado, al presente y a la comunicación doble entre ambos, a la relación donde concurren historia de evidencias e historiografía de figuraciones o la correspondiente imagería, toda una mentalidad igualmente decisiva para la misma situación y el propio horizonte actuales. No debe tratarse solamente de despejar ideaciones y recobrar realidades, como tampoco de conjurarse rigideces y vindicarse ductilidades sin más y por las buenas. La cuestión es siempre más compleja. Ha de franquearse un terreno cuyo firme está empedrado de nociones adversas. Hay que obrar un edificio cuyos pilares están armados con ellas. Y habrá de actuarse de modo que no produzca hundimiento.

Rigidez y ductilidad dicen por sí todavía menos que legalismo y su contrario, pero la ocurrencia del *assolutismo*, esta exclusiva hoy por hoy grossiana, resulta de lo más incisiva<sup>103</sup>. Me temo que podrá seguirse produciendo el escándalo, no sé ya si definitivamente afectado. La obra de Paolo Grossi ha logrado de nuevo cambiar el estado de la cuestión e invertir así la carga de la prueba. Las presunciones ya no juegan precisamente a favor del legalismo por muchas mitigaciones que se le añadan. Los principios constitucionales en su doble sentido temporal y teórico tampoco lo hacen. Pero responsabilidad tienen contraída y pendiente. Porque el absolutismo jurídico o más bien normativo no sea fenómeno constitucional, no deja de ser criatura viva y coleando del constitucionalismo. Pertenece a su tiempo y nace de su matriz. Es una de las vergüenzas del derecho que quiere todavía cubrirse con el taparrabo de la historia o más bien de la historiografía. Tanta jurídica sigue dispuesta no estando la autista ni siquiera en el secreto.

BARTOLOMÉ CLAVERO

---

<sup>103</sup> Falta todavía la referencia precisa de la cita de encabezamiento que interesa realmente a todo ello: Joaquín COSTA, *El problema de la ignorancia del derecho y sus relaciones con el status individual, el referendum y la costumbre*, Barcelona 1901, p. 90, con otras ediciones luego, y también el autor con otros escritos importantes al asunto: George J. G. CHEYNE, *A bibliographical study of the writings of Joaquín Costa, 1846-1911*, Londres 1972. Como hacen ver de diverso modo últimamente C. PETIT, *El Código inexistente*, y M. LORENTE, *La voz del Estado*, el escenario español encierra todavía, con diversidad además interna, mucha ilustración, no siendo evidentemente tampoco, al igual que el italiano, reducible al francés. Cada caso es una historia y no mera variante de un paradigma ni corolario siempre de Estado o nunca de entrada.