

# ABSOLUTISMO JURÍDICO Y DERECHO PRIVADO EN EL SIGLO XIX

**Paolo Grossi**

Doctor en Derecho por la Universidad de Florencia  
Catedrático de historia del Derecho  
en las universidades de Macerata y Florencia  
Fundador de la publicación *Quaderni fiorentina  
per la storia del pensiero giuridico moderno*

**Los sistemas jurídicos  
de tradición romano-germánica  
—como el peruano— tienen a la ley escrita  
como principal fuente del Derecho.  
Es frecuente en ellos  
encontrar el principio de legalidad adapta-  
do a diversas materias (penal, tributario,  
administrativo) como supuesto fundamen-  
tal para la aplicación del Derecho.  
Es a este proceso de primacía de la ley  
escrita sobre las demás fuentes, al que el  
autor del artículo que presentamos en  
seguida atribuye los nefastos efectos de ser  
destructor de la creación social de las nor-  
mas del sistema.  
En este sentido, Paolo Grossi  
reivindica a las otras fuentes del Derecho,  
resaltando su importante rol de elementos  
democratizadores de las opciones normati-  
vas del ordenamiento jurídico.**

Hemos pasado todo el año anterior celebrando el bi-centenario de 1789 y aún nos encontramos ensordecidos por los discursos martilleantes y repetitivos que, tanto en París como en el resto de Europa, desde la derecha y desde la izquierda, se han dedicado a restaurar viejos y un poco deslucidos altarcillos apologéticos. Desde su punto de vista, los juristas no han dejado obviamente de subrayar la extrema relevancia de un hecho capital para la historia del Derecho: aquella nueva forma de entender y resolver el problema de las fuentes, que poco después desembocaría en la gran codificación general. Y se ha vuelto a subrayar, como se viene haciendo desde hace dos siglos, el enorme valor histórico de una sistematización unitaria profundamente pensada, esto es, provista de sólidos fundamentos ideológicos y de una admirable sabiduría técnica, absolutamente cierta, impecable en los principios enunciados y en su redacción.

Es una actitud la actual, que, más de doscientos años después de Muratori y Beccaria, deseáramos a un tiempo más compleja y crítica. No cabe duda de que la codificación marca intensamente la historia del derecho continental, en la que incide rompiendo a fondo e irremisiblemente su continuidad: tampoco hay duda de que no pueden ser seriamente desmentidos los aspectos positivos sobre los cuales justamente se insiste. Hoy, sin embargo, después de una convivencia tan prolongada con la codificación como fuente normal de reglas jurídicas, el historiador del Derecho que quiera asumir realmente su compromiso profesional no puede eximirse de aceptarla e interpretarla como lo que fue, sobre todo al inicio, y luego continuó siendo constantemente: una enorme operación de política del Derecho; mejor dicho, la más colosal operación de política del Derecho en todo el arco de la historia jurídica occidental.

Constituyó, ciertamente, el sello definitivo de un resultado macroscópico, evaluable, en positivo, como la consolidación de un riguroso monopolio, en negativo, como la de una brutal expropiación.

A la clase burguesa se le reconoce el mérito, no pequeño, de haber sido la primera en comprender cumplidamente el valor político del Derecho y de haber asimilado la gran fuerza de cohesión que el Derecho es capaz de suministrar al poder político: de aquí una atención inusitada por la dimensión jurídica, una vigilancia inusual de la producción jurídica. Insólita por ser sustancialmente nueva con respecto a la vieja psicología del poder y al viejo modelo de su ejercicio. El príncipe del Antiguo Régimen, incluso si desde el siglo XVI se nos muestra cada vez más como legislador, jamás tiene la pretensión de monopolizar el territorio de lo jurídico, que

se le representa demasiado vasto, recorrido de zonas que no estima relevantes para la cosa pública. Legisla en aumento, pues lo exige una circulación jurídica progresivamente intensa, pero –sin desmentir una cierta continuidad hereditaria con el príncipe medieval– cree firmemente que junto a la voluntad soberana deben concurrir en la producción del ordenamiento fuentes paralelas más aptas para disciplinar como conviene aquellas zonas irrelevantes a las que antes nos referimos.

Durante todo el Antiguo Régimen, aunque en trance de debilitación, un sustancial pluralismo domina el panorama jurídico, y cada realidad estatal es, como experiencia jurídica, una realidad basada en una auténtica pluralidad de ordenamientos. Esta afirmación se aplica en especial al derecho privado y singularmente en aquel núcleo más genuinamente privatístico que es el derecho civil. El derecho privado era en buena parte, usando una fórmula sobre la que hemos de volver, el derecho de los sujetos privados, esto es, una derecho producido por los sujetos privados, por una autoridad no investida de poderes públicos, una realidad que proviene de abajo, de matriz consuetudinaria, que encontraba su definición jurídica en la *interpretatio* de los doctores, jueces y porqué no, también notarios. Tal derecho poseía dos caracteres esenciales: proviniendo de fuera del Estado, se presentaba como auténticamente “privado”, término bastante cercano a la sociedad en su experiencia jurídica cotidiana: gracias a su matriz consuetudinaria y a una definición jurídica plástica y móvil, como la realizada por la doctrina y la jurisprudencia, este derecho mantenía un vital y continuo recambio, y se impedía, así, una delimitación demasiado rígida entre el *factum* y el *ius*, entre lo jurídicamente relevante y lo irrelevante.

La codificación significó para la historia jurídica, y por vez primera, un brusco cambio de sentido. El detentador del poder político demostró una psicología profundamente distinta en relación con el Derecho: comprendió su importancia, se atribuyó su producción, estableció un rigidísimo monopolio sobre el mismo. La experiencia jurídica que, por lo que respecta al derecho privado, suponía efectivamente una pluralidad de ordenamientos dentro de la propia experiencia estatal, se vio obligada a coincidir con el Estado y quedó comprendida dentro de él, anquilosada. Las fuentes, que ayer habían concurrido pluralmente a la formación del derecho privado, se vieron drásticamente eliminadas o forzadas a sobrevivir a la sombra de la norma autoritaria del príncipe: de ellas restó un hipócrita simulacro de pluralidad, solamente formal porque estaba ordenada en un rigidísimo sistema jerárquico.

La edad de la burguesía en el poder, la edad del liberalismo económico, coincide en el mundo del Derecho con el más siniestro de los absolutismos; y el viejo Derecho que había encarnado –según se decía, subrayando su extraestatalidad– la razón civil, preso en las redes de una inteligente pero coartante codificación, de derecho de los sujetos privados fue reducido a una porción de derecho público cuyo objeto eran las relaciones privadas. Los individuos, actores y protagonistas, habían sido las víctimas de lo que antes llamamos una brutal expropiación, esta es la primera consecuencia que el historiador del Derecho tiene el deber de señalar como negativa: la esfera de que lo jurídico se anquilosaba en la esfera de lo legal, mientras que lo extralegal sufría la drástica condena de la irrelevant-

*Cualquier otra solución del problema de las fuentes –por ejemplo, la solución bastante más compleja y complicada también del pluralismo jurídico del Antiguo Régimen medieval y postmedieval– fue maniqueamente despreciada y condenada sin posibilidad de apelación*

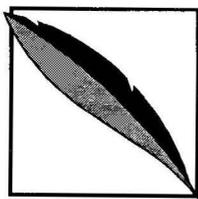
cia; el jurista pasó de ser el intérprete dotado de una *interpretatio* que, recuérdese, en el mundo del derecho común era mediación entre un derecho justiniano demasiado vetusto y las realidades más recientes, a ser relegado al rango de exégeta con una función meramente pasiva. La producción del Derecho constituía una circunstancia que no le afectaba: el ordenamiento se empobrecía falto de las energías especulativas de los maestros y de la experiencia de los jueces; se empobrecía la casta de los juristas, desvitalizada en su capacidad constructiva.

Pero hay todavía más: el Derecho, ahora Derecho legal, corría el riesgo de una separación de la sociedad en virtud de la falta de válvulas respiratorias, pues las de la norma legal se revelaban demasiado filtrantes y selectivas.

Y aún más: el Derecho, perdida la vieja dimensión pluralista, encontraba atenuada su relativa autonomía, que había sido el gran privilegio del derecho privado del Medioevo; se unía al detentador del poder y a la clase que lo había conquistado, se arriesgaba a transformarse en su voz, a identificarse con su voz.

La codificación fue todo esto también, y el historiador tiene el deber elemental de ponerlo de relieve. Lo peor, sin embargo, estaba por suceder en el plano cultural: toda esta gran operación de política del Derecho que hemos llamado absolutismo jurídico, una operación de poder, históricamente relativa, de solución contingente que era propia de un juego determinado de fuerzas históricas, gracias a las potencialidades iusnaturalistas de las que se impregnó, fue proyectada hacia el paraíso de los modelos absolutos, y se convirtió en la mejor solución posible para el hoy y el mañana. Proseguía y hasta se intensificaba, transformándose ahora en ordenación jurídica positiva y operativa, el conjunto de a priori ideado por la reflexión ilustrada: el príncipe, intérprete de la naturaleza de las cosas sociales y garante de la felicidad pública; la ley, fuente de cualidad superior por ser la única capaz de asegurar en su generalidad y abstracción una rigurosa imparcialidad y un riguroso respeto de los intereses generales de la comunidad. Cualquier otra solución del problema de las fuentes –por ejemplo, la solución bastante más compleja y complicada también del pluralismo jurídico del Antiguo Régimen medieval y postmedieval– fue maniqueamente despreciada y condenada sin posibilidad de apelación, en tanto que insuficiente para ordenar jurídicamente de modo adecuado una sociedad moderna. Se propuso como conforme a la naturaleza lo que solamente era el instrumento inteligente y lúcido para el mantenimiento del poder fatigosamente conquistado.

Lo peor es que así se entendió. La propaganda fue tan persuasiva que llevó a cabo uno de los plagios más llamativos de la historia jurídica: el jurista, tanto doctor como práctico, primera víctima de la operación política que le some-



## HISTORIA

tió a una total expropiación, quedó convencido, aceptó las cadenas de una pasividad completa y se llegó a conformar con elaborar, cuando hiciera falta, los aparatos ortopédicos necesarios para enmendar y corroborar técnicamente los entuertos del legislador.

La víctima aceptó el papel modesto que le fue impuesto por su perseguidor y accedió a colaborar en perfecta subordinación. El viejo intérprete no se rebeló ante tal esclavitud y aceptó sin pestañear transformarse en exégeta.

Recientemente un brillante civilista francés, Jean Philippe Remy, ha elaborado un fuerte y apasionado *éloge de l'exégèse*.<sup>1</sup> Con la declarada intención de mostrar una imagen diversa de la que, después de Bonccase, considera Remy que se ha convertido en lugar común, me parece que se ofrece una visión del todo invertida pero oleográfica y artificiosa, por elusiva, de las opciones culturales de fondo de los exégetas.

Quienes hemos leído siempre con provecho sus nítidas páginas no tendríamos dificultad en adherirnos al elogio, con la condición de que quedaran bien claros tres puntos incuestionables: que esta prolífica cohorte está y queda siempre marcada –unitariamente, aunque no puede hablarse de escuela unitaria–, de Delvincourt a Laurent en Francia, de Precerutti a Francesco Saverio Bianchi en Italia, por una psicología claudicante y por lo tanto reductiva del fenómeno jurídico, pues el Derecho queda allá, incluso por encima de ellos; es una proyección autoritaria cuya producción se entrega en pies y manos al poder político y respecto a la cual doctrina y jurisprudencia son los destinatarios pasivos (peor aún: son terceros). En segundo lugar, que esta cohorte, demostrando una absoluta insensibilidad hacia el problema epistemológico de la ciencia jurídica, ha obligado al Derecho a correr el riesgo máximo de ver puesta en duda su misma científicidad en el momento en el cual el jurista, como operador teórico, adquiriría una gravosa heteronomía de la que se daba por satisfecho. Finalmente, que esta cohorte exegética al menos ha pecado de pereza intelectual dominada como está por una psicología no activa y ha ofrecido una visión elemental y simplista, es decir, sustancialmente *aprobemática*, del universo jurídico, y ha impedido, así, cualquier percepción de la mutación y del movimiento.

He aquí un ejemplo principal y archiprobado: para el jurista de siempre, el problema central y fundamental que da vida a sus discurso científico y lo califica en el ámbito epistemológico es el de las fuentes, pero por parte del exégeta nada se dice sobre las fuentes o se dice demasiado poco, porque nada hay que discutir al tratarse de una cuestión ya completamente resuelta en otra sede superior. Y éste es, sin embargo, el problema que engrandece a Savigny, que engrandece la revisión germanística de Georg Beseler y Otto von Gierke en una Alemania que tiene el privilegio de ser todavía un laboratorio experimental abierto al máximo; es el problema que engrandece a finales de siglo a François Geny, profesor de derecho civil en tierra francesa, que mantiene abierto todos los días sobre su cátedra el *Code* napoleónico. Sin fronteras, lo más vivo de este complejo siglo

XIX es la discusión sobre las fuentes: se abre con el discurso vivo y punzante que da lugar a la polémica entre Thibaut y Savigny a propósito de la codificación y se cierra con esa meditada y vivísima reflexión sobre las fuentes que es "*La méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*"<sup>2</sup> publicado por vez primera justamente en 1789.

El absolutismo jurídico salió, además, sin duda vencedor en la psicología del jurista mediante el sutil engaño que, al ritmo de las estrofas de *la Marsellesa*, había arraigado profundamente en las conciencias; cierto, también, que en el ánimo del jurista la mitología de la ley se transformó con demasiada frecuencia en acrílica legolatría, y no sin razón cualquier observador superficial identifica mentalmente la ciencia jurídica decimonónica por su actitud exegética; pero el hilo de una conciencia activa y crítica, enterrada por la codificación, no se interrumpió ni siquiera en la tierra de los códigos victoriosos, y pudo despuntar en el instante en que profundos cambios sociales, económicos y tecnológicos, unidos a logros culturales y metodológicos de mayor madurez, modelaron a fondo la imagen del panorama continental europeo, lo que aconteció en los dos últimos decenios del siglo.

En la inevitable complicación de las relaciones sociales, económicas y jurídicas subsiguientes, el castillo de

naipes del absolutismo se nos presenta crudamente como lo que en gran medida había sido: una inteligente y habilísima ficción, un escenario esencial para sólo dos protagonistas, el Estado y el individuo. Un Estado concebido como la estructura más simple que pudiera pensarse y, por lo

tanto, monopolística; un ordenamiento reducido a la ley y a la ley madre de todas las leyes, el Código; un Código Civil, por su parte, sostenido por una única pilastra, la propiedad individual, y articulado de manera muy simple con la intención confesada de realizar la tutela y la libre y ágil circulación de la propiedad mediante el contrato, el testamento y la rigurosa responsabilidad contractual. Toda esta simple y armoniosa construcción de líneas casi *gayanas* se enfrentó a un mundo alborotado de hechos, y pareció una suerte de Arcadia jurídica incapaz de ordenar realidades íntimamente nuevas. En contraposición a la hermosa fábula ilustrada construida sobre modelos cada vez más estatuarios, se redescubrió la complejidad de lo jurídico y se instituyó que solamente el descubrimiento de tal complejidad suministraría al jurista, ya fuese profesor o juez, la posibilidad de una ciudadanía renovada.

Los dos últimos decenios del siglo deben interpretarse precisamente como una toma de conciencia de la creciente complicación del universo socioeconómico, con el consiguiente redescubrimiento de la complejidad de lo jurídico y de la todavía más clara consecuencia de la insuficiencia de la ley, fuente monocrática del Derecho, para expresar y ordenar una sociedad tan compleja. Como telón de fondo aparecía el espectro de una disyunción entre sociedad en rápido desarrollo y Derecho legal.

En éste el sentido más exacto que hay que dar, en mi opinión, al sonoro toque de trompeta –mucho más sonoro que el del ambiguo Bülow en *Gesetz und Richteramt*

*El absolutismo jurídico salió, además, sin duda vencedor en la psicología del jurista*

1 N. DEL E.: Elogio de la exégesis.

2 N. DEL E.: El método de interpretación y fuentes en el derecho privado positivo.

el jurista, primera víctima de la  
operación política que le sometió a  
una total expropiación

y mucho más positivo que las viejas (1872) propuestas filosofantes de Adickes sobre las *Rechtsquellen*— que el alemán Joseph Kohler lanzó en 1886 en la revista vienesa de Grunhut con el voluminoso y sustancioso ensayo *Ueber die Interpretation von Gesetzen*.<sup>3</sup> Se banaliza sobre si se le condena o se le exalta como manifiesto del poder creativo de la jurisprudencia (según se titulará un ensayo suyo del año siguiente) y precursor del iusliberalismo; pero si extraemos su mensaje más significativo, lo percibimos como indicio de la insatisfacción que causa un derecho puramente legal y como intento de delimitar el territorio formalmente jurídico con márgenes más espaciosos: tal es el sentido de la contraposición entre voluntad del legislador y voluntad de la ley, entendida esta última “*im theologischen Sinne als organisches Zweckbestreben... mit allem seinem unmittelbaren und mittelbaren rechtlichen Folgen, die möglicherweise ausserhalb seines Gesichtskreis liegen*”:<sup>4</sup> es éste el sentido del principio, que anima toda disertación, de la elasticidad potencial de la ley, con el necesario cambio de atención de la ley —mónada cerrada en el momento de su formación autoritaria— a la vida de esa ley en el espacio y en el tiempo, o sea, en el momento de aplicación.

A favor de Kohler y su grito de verdad podía jugar el clima libre de una tierra alemana fertilizada por la admirable reflexión de pandectistas y germanistas y donde se había iniciado ya el debate, dialécticamente acentuado, a propósito del futuro BGB, pero una idéntica tensión podemos constatar también en Francia, donde se realizó y regía la codificación madre y maestra de todas las demás, la de estructura más sólida y coherente: será Édouard Lambertm será Raymond Saleilles, será sobre todo François Geny.

La obra de Geny ya recordada, “*La méthode d’interprétation et sources en droit positif*”, pertenece al escaso número de testimonios señeros del pensamiento jurídico moderno. Escrita en las postrimerías de un siglo fecundísimo y atormentadísimo para la historia de la reflexión sobre las fuentes del Derecho, es un compendio de las fatigas e insatisfacciones acumuladas en el espíritu libre de un sabio de altura, a causa de la cerrazón y la asfixia consiguiente creadas por el absolutismo jurídico. Permítaseme una breve pausa en torno a uno de los momentos más liberadores de la historia de la ciencia jurídica europea.

Observemos que nuestro autor es un civilista de profesión, no un filósofo; un civilista, además, que quiere mantenerse en el preciso recinto del estricto derecho positivo, aunque se trate de un técnico que diserta prevalente y competentemente sobre el método. Quien escribe es un personaje de lengua y cultura francesa, pero que habita en aquella Lorena que, a finales del siglo XIX, más que nunca es tierra de colisión y encuentro con la coíné germánica.

Los dos volúmenes de Geny son efectivamente un minucioso *examen de conscience*. Un año antes del nuevo siglo, el jurista se niega a danzar el Excélsior y prefiere realizar un reflexión interna; como todos los exámenes de conciencia que aspiran a ser fructíferos, el suyo es un diagnóstico despiadado de pasado y presente, pero también es

un proyecto de refundación y, como tal, un discurso sobre el método, gracias al cual la refundación se hace posible. En ello muestra una profunda capacidad de observación; todo se quiere discutir, liberando los problemas de sagrados trabajosamente contruidos donde yacían encerrados.

No puede desconocerse el carácter liberador de la obra de Geny, patente al agudo ingenio de Saleilles, cuando, en el *préface* de la primera edición, habló sin rodeos de una “*œuvre de franchise*”,<sup>5</sup> donde franqueza significa hablar claro, pero también liberarse de equívocos y malentendidos traslaticios. No hay iconoclastia, pues escribe un jurista positivo con su calma característica; se aprecia más bien un examen franco, desapasionado, desmitificador, que indaga por doquier sin respetar ni ídolos artificiosos ni espacios antes prohibidos. Con un criterio efectivamente libre se examina a contraluz el primero y más venerado de estos ídolos, la ley, la ley escrita positiva, y no se duda en constatar que la misma representa tan sólo “*la révélation imparfaite*”<sup>6</sup> de un enorme continente sumergido, el Derecho, que sumergido queda. La ley “*ne peut être tenue pour autre chose, qu’une information, très limitée, du droit*”.<sup>7</sup> Y la dialéctica “*droit - loi écrite*”<sup>8</sup> se hace presente en el momento de construir la estructura a veces oculta, a veces diáfana, pero siempre constante, de toda la obra, una estructura que representa su tensión interior.

Dos convicciones de salvación cultural atraviesan el escrito de Geny: en primer lugar, que el territorio del Derecho es enorme con respecto al de la ley y que ésta es impotente para representarlo (gracias a la beneficiosa brecha abierta por este autor, años después la idea de *impuissance de la loi*<sup>9</sup> merecerá el honor de convertirse en título del opúsculo de un inteligente *praticien* francés); en segundo lugar, que la mutación socioeconómica va al galope a finales del siglo XIX y que es frente a esta carrera como se manifiesta “*la législation proprement dite, manifestement impuissante à suivre d’un pas égal et sûr l’évolution incessante des nécessités juridiques*”.<sup>10</sup> Al igual que para otros muchos juristas con los pies firmemente puestos sobre la tierra, la conciencia del cambio social es la verdadera tabla de salvación, pues será la mutación misma la que revele la inadecuación del derecho legal.

¿Ha llegado quizá el momento de desembarazarse del poco confortable entarimado codificador? El realismo de nuestro singular jurista sabe que no puede permitirse el lujo de la existencia de lagunas en el sistema positivo, sabe que siempre deberá rendir cuentas al *état social*, es decir, al complejo de ideas, hechos y fuerzas que constituían la Francia de 1899 y que no permitirían demasadas demoliciones. El Código se respeta aunque se sienta confesadamente como un *fait accompli*,<sup>11</sup> es además obra

3 N. DEL E.: En éste el sentido más exacto que hay que dar, en mi opinión, al sonoro toque de trompeta —mucho más sonoro que el del ambiguo Bülow en *Leyes y magistratura* y mucho más positivo que las viejas (1872) propuestas filosofantes de Adickes sobre las *fuentes del Derecho*— que el alemán Joseph Kohler lanzó en 1886 en la revista vienesa de Grunhut con el voluminoso y sustancioso ensayo *Sobre la interpretación de las leyes*.

4 N. DEL E.: En el sentido teológico, pretende tener un fin orgánico... con todas sus consecuencias, mediatas e inmediatas, observar la manera posible fuera de su horizonte.

5 N. DEL E.: En el *préface* de la primera edición, habló sin rodeos de una “obra de franqueza”.

6 N. DEL E.: La revelación imperfecta.

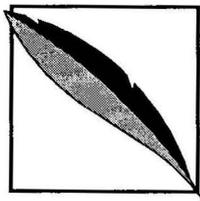
7 N. DEL E.: La ley no puede ser sostenida por otra cosa que una información muy limitada del Derecho.

8 N. DEL E.: Derecho - ley escrita.

9 N. DEL E.: Impotencia de la ley.

10 N. DEL E.: La legislación propiamente dicha, manifestamente incapaz de seguir con pasos constantes y seguros la evolución incesante de las necesidades jurídicas.

11 N. DEL E.: Hecho consumado.



## HISTORIA

del legislador y por ende merece respeto. Por fortuna para el jurista, dos circunstancias coinciden a su favor: un cambio que no puede pararse y una proverbial somnolencia del legislador. Junto a la ley escrita, vieja y envejecida cada vez más, se encuentra el espacio de la experiencia cotidiana, la tierra del Derecho vivo: es el reino de la libertad del jurista, donde el jurista puede interrogar, sin intermediarios ni condicionantes, “*la nature des choses*”, “*la nature des choses positives*”,<sup>12</sup> según puntualiza Geny para superar la vaguedad que este término o concepto había presentado en las páginas de Adickes. Geny se percató de la inevitable imprecisión de dicha expresión y tiene la honradez de señalar la despreciativa calificación de Windscheid: “*verschrieener Ausdruck*”,<sup>13</sup> pero reconoce en ella la fecundidad que le otorga su condición de referencia ontológica, al margen de las ficciones y artificios del Derecho legal y de la momificaciones del Código, donde finalmente el intérprete, un intérprete verdadero y no simple exégeta, seguro únicamente de su método científico, puede afirmar conjuntamente libertad y responsabilidad, una y otra necesarias para construir el Derecho futuro.

Pero lo que repugna a Geny del Derecho oficial y de su ciencia jurídica, encarnada algunos años antes por ese corifeo de los comentaristas que fue François Laurent, es su simplicidad. Si algo debe ser recuperado es la complejidad de lo jurídico, su expansión más allá del Estado y de la ley. Esta recuperación posibilitará el engrandecimiento del jurista-intérprete, pues éste será el sujeto privilegiado convocado a conversar con la naturaleza positiva de las cosas y a garantizar una perfecta adaptación a las nuevas necesidades.

También en el ámbito italiano la más sensible civilística demuestra impaciencia por la cerrazón del orden jurídico positivo y exige revisar un viejo armamento conceptual ya pesadamente dogmático. Menciono de buena gana algunos ejemplos, poco conocidos fuera de Italia pero que vale la pena alegar.

*En la lección inaugural de Vincenzo Simoneelli, de Camerino (1889), con una visión genuinamente kohleriana, la ley se conforma como realidad plástica en manos del intérprete, al que se convoca, tarea importante y activa que lo convierte en protagonista, “a completar la ley, a describir lo que está latente en ella, o mejor, aquello que en ella se encuentra en potencia”.*

En la lección inaugural romana de Enrico Cimbali, de 1881, como consecuencia de haber concebido al legislador “*organo immediato della coscienza popolare*”, queda patente una idea-fuerza: “*è mestiere allora cha la legge stessa subisca l’influenza e l’azione dell’ambiente modificato e di quelle medessime cangiate circostanze e che, per virtù del suo ufficio, vien chiamata a regolare*”, y se concluye que no puede faltar “*un’evoluzione progressiva della legge*” y que no ha de dejar de ampliarse “*l’ufficio dell’interprete, che è lo strumento e il ministro della sua vita e della sua azione in continuo divenire*”.<sup>14</sup>

En la lección inaugural pisana de Francesco Gabba, de 1887, a partir de la firme constatación de la *acientificidad* general de las codificaciones modernas y del obvio sentimiento de desconfianza específica hacia el código como fuente del derecho civil, se concluye sobre el propósito de “*animare e interpretare il Codice civile, e il diritto civile italiano in generale, coll’opera della scienza*” construyendo “*un sistema, che risponda in pari tempo alla realtà delle cose e alla ragione*”, considerando “*non solo le applicazioni e conseguenze pratiche avvertite già dal legislatore, ma quelle eziandio, o almeno le più importanti di quelle, che il legislatore e non prevede e non contempló, e che pure hanno importanza nella realtà del vivere sociale*”.<sup>15</sup>

En la lección inaugural de Vincenzo Simoneelli, de Camerino (1889), con una visión genuinamente kohleriana, la ley se conforma como realidad plástica en manos del intérprete, al que se convoca, tarea importante y activa que lo convierte en protagonista, “*a compleatre la legge, a discoprire quel ch’è latente in essa, o meglio, quel che in essa si rattrova in potenza*”.<sup>16</sup>

En fin, en 1893 Cesare Vivante, fundador de la moderna ciencia italiana de derecho mercantil, en el primer volumen de su *Trattato de diritto commerciale*, mientras invita “*a scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose*”, no duda en considerar la “*natura dei fatti*” entre las fuentes formales del Derecho.<sup>17</sup>

Semillas esparcidas que indican una siembra difusa. Nos encontramos finalmente ante una coiné verdaderamente europea. Las instituciones y las propuestas que adverti-

12 N. DEL E.: el jurista puede interrogar, sin intermediarios ni condicionantes, “a la naturaleza de las cosas”, “a la naturaleza de las cosas positivas”

13 N. DEL E.: Expresión de mala fama.

14 N. DEL E.: En la lección inaugural romana de Enrico Cimbali, de 1881, como consecuencia de haber concebido al legislador “organo immediato de la conciencia popular”, queda patente una idea-fuerza: “es necesario, entonces, que la ley misma sufra la influencia y la acción del ambiente modificado y de las mismas y cambiantes circunstancias que, en virtud de su oficio, está llamada a regular”, y se concluye que no puede faltar “una evolución progresiva de la ley” y que no ha de dejar de ampliarse “el oficio del intérprete, que es el instrumento y el ministro de su vida y de sus acciones, en continua transformación”.

15 N. DEL E.: En la lección inaugural pisana de Francesco Gabba, de 1887, a partir de la firme constatación de la *acientificidad* general de las codificaciones modernas y del obvio sentimiento de desconfianza específica hacia el código como fuente del derecho civil, se concluye sobre el propósito de “animar e interpretar el Código

Civil, y el derecho civil italiano, en general, por medio de la ciencia” construyendo “un sistema, que responda al mismo tiempo a la realidad de las cosas y a la razón”, considerando “no sólo las aplicaciones y consecuencias prácticas de las que el legislador ya se haya percatado, sino –sobre todo– aquellas, o las más importantes de aquellas que el legislador no previó o no contempló y que, sin embargo, tienen importancia en la realidad del vivir social”.

16 N. DEL E.: En la lección inaugural de Vincenzo Simoneelli, de Camerino (1889), con una visión genuinamente kohleriana, la ley se conforma como realidad plástica en manos del intérprete, al que se convoca, tarea importante y activa que lo convierte en protagonista, “a completar la ley, a describir lo que está latente en ella, o mejor, aquello que en ella se encuentra en potencia”.

17 N. DEL E.: En fin, en 1893 Cesare Vivante, fundador de la moderna ciencia italiana de derecho mercantil, en el primer volumen de su *Tratado de derecho comercial*, mientras invita “a descubrir la voz del Derecho que emana de las cosas”, no duda en considerar la “naturaleza de los hechos” entre las fuentes formales del Derecho.

mos en Kohler, Bülow, Ehrlich, Stampe o Geny circulan por toda la Europa continental para llegar intactas incluso a la provincia italiana, donde el absolutismo jurídico domina sin oposición. Si atendemos a la fecha de la lección romana de Cimbali, 1881, los manifiestos de Kohler, Bülow, Ehrlich, Stampe y Geny son ciertamente posteriores. Pero no alabemos así estériles y falaces primogenituras, pues Cimbali tiene un timbre de voz absolutamente singular que rechaza cualquier mezcla indebida; se trata, más bien, de que lo nuevo, antes incluso que en los hombres, está en las cosas, donde unos ojos inteligentes pueden leerlo, y extraer del mismo reflexiones instructivas y consecuencias legítimas.

En los años ochenta se inaugura *La nuova fase del diritto civile nei rapporti economici e sociali*,<sup>18</sup> por usar el título del maduro volumen programático del mismo Cimbali, que se remonta a 1884. Un paisaje económico y social que cambia y se complica rodea a los civilistas de toda Europa: en los ochenta el mundo simple de ayer se ha transformado en el complejo de hoy. Y sólo los ciegos y los sordos no pueden darse cuenta.

Se complica el mundo de los sujetos y de los bienes. Aflora la condena no retórica de la abstracción de los modelos de la civilización burguesa y de sus conquistas pseudoliberaladoras, y emergen a la superficie social y jurídica sujetos concretos —empresarios, obreros, mujeres y niños trabajadores— que la *nuova fase* aprecia y valora. Se empieza, poco después, a vislumbrar un pulular cada vez más intenso de comunidades intermedias, con el consiguiente desplazamiento del centro de gravedad de todo el ordenamiento sociojurídico. La reluctancia ilustrada hacia las personas jurídicas, que las Luces transmitieron intacta a la codificación francesa y que la codificación unitaria italiana de 1865 superó no sin esfuerzo, se desvanece ante la contemplación de un nuevo mundo de sujetos ontofísicos, de asociaciones y entes morales, destinados a multiplicarse y a ocupar los nudos de la circulación económica y jurídica, que ya no se podrá resolver en un monolito estatal, sino como compleja organización plural. Añádase el enriquecimiento en el elenco de los bienes: ya no sólo importa la tierra y la propiedad inmobiliaria, sino sobre todo la mobiliaria, y no solamente los bienes materiales, sino también los inmateriales, con un uso creciente de los títulos de crédito y de la moneda fiduciaria. Añádase también la exigencia de estatutos diferenciados para ciertos bienes, con la consecuencia de reglas diferenciadas para su disciplina y tutela.

La impotencia de la ley —no solamente del Código general unitario de 1865, sino también de las leyes especiales que el legislador italiano empezó a producir en número creciente— abandona las páginas teóricas de los juristas y aparece como circunstancia efectiva y negativa en la vida social del país. El viejo monopolio y la clásica expropiación llevados a cabo por el absolutismo jurídico parecen inadecuados para ordenar una realidad cada vez más desbordante, por compleja. En el terreno de las fuentes vuelve a considerarse la idea de comprometer doctrina y jurisprudencia en su calidad de *interpretatio*, es decir, de observación de un paisaje socioeconómico cambiante

*Ante todo, el derecho positivo debe permanecer como una cosa viva. Ahora bien, vivir es moverse y transformarse. Para el Derecho es más todavía: es luchar, en busca de una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social.*

y de su traducción en términos de construcción jurídica. La más atenta civilística italiana de fines de siglo es consciente del riesgo de diferenciar lo real y lo legal, con la ruinosa consecuencia de una irrecuperable pérdida de credibilidad del Derecho como instrumento de regulación. El universo jurídico viviente, el que se produce en la sociedad espontáneamente día tras día, tiene que tener, para evitar una crisis profunda en las conciencias, una coherente correspondencia con el Derecho oficial. Como dice Geny en un memorable capítulo de "*La méthode...*": "*avant tout, le droit positif doit rester chose vivante. Or, vivre, c'est se mouvoir et se transformer. Pour le droit c'est plus encore: c'est lutter, en vue d'une parfaite et constante adaptation aux exigences de la vie sociale*".<sup>19</sup>

Es un canon metódico que podemos atribuir legítimamente también a la corrientes innovadoras de aquel feliz momento de nuestra civilística, en cuyo nombre se debaten y cuestionan muchas de las viejas dogmáticas del absolutismo jurídico. Pero éste será el que se imponga en Italia a fines de siglo, sobre la mayoría silenciosa de los juristas, y la suerte de la ciencia jurídica italiana del siglo XX, incluso hasta ayer, en su perenne tormento, en su búsqueda perenne de nuevas vías dentro del territorio prohibido de las fuentes, lo viene a demostrar. Aún hoy, cuando la actual Constitución permitiría opciones valientes para recuperar la experiencia jurídica en toda su complejidad, incluso extraestatal, el absolutismo jurídico demuestra haber arraigado en el ánimo del jurista provocando un engaño mayúsculo. El derecho privado italiano se encuentra bien lejos de ser aquel derecho de los sujetos privados, como exigiría un auténtico pluralismo jurídico. **D&S**

18 N. DEL E.: La nueva fase del derecho civil en las relaciones económicas y sociales.

19 N. DEL E.: Ante todo, el derecho positivo debe permanecer como una cosa viva. Ahora bien, vivir es moverse y transformarse. Para el Derecho es más todavía: es luchar, en busca de una perfecta y constante adaptación a las exigencias de la vida social.