

Mitología jurídica de la Modernidad

Paolo Grossi

Traducción de Manuel Martínez Neira

Editorial Trotta, Madrid, 2003. 93 pp.

Define o *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* a voz 'mitología' como «la historia de los fabulosos dioses y héroes de la gentilidad. A voz 'mito' aparece descrita de xeito igualmente lacónico como «aquella fábula, aquella ficción alegórica en materia religiosa» (Cfr. *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*. 20ª edición. Real Academia Española, Madrid, 1984. Tomo II, p. 915). É indubidable pois que, á vista do expresado polo mencionado diccionario, a idea de mitoloxía reconduce inexorablemente á idea de relixión, de certas fábulas de contido marcadamente moral, en última instancia, a reflexións sobre os modos de comportarse na orde social, sobre as conductas dos seres humanos e as súas correspondentes sancións ou reaccións. Todo relato mítico é expresión depurada de paixóns e sentimentos humanos (independentemente de que os seus protagonistas sexan deuses, semideuses ou simples mortais). É precisamente por ese motivo que a mitoloxía debe ter presente o xurídico coma un dos seus integrantes. A estreita interacción entre moral, dereito e relixión, sobre todo nos estadios primitivos das diferentes comunidades, converte os mitos, en moitas ocasións, en expresión sinxela, clara e directa das regras que deben rexer un pobo. As lendas e os mitos son, pois, na liña da Escola histórica do dereito, outra manifestación máis do espírito popular onde se dá conta das solucións xurídicas que a conciencia da xente do común presenta ante o conglomerado de novas necesidades e circunstancias que rodean a cada vez máis complexa vida social. Os mitos gregos exemplifican esas realidades, esas reaccións, os castigos

divinos e humanos ante certas actitudes, co ánimo de educar, de moralizar, de mostra-lo camiño recto. Non se debe esquecer que tódalas ordes compulsivas forman un todo homoxéneo no pensamento helénico. A mitoloxía é, pois, en boa parte dos casos, xurídica.

¿Existe unha mitoloxía moderna? ¿Non se cualificou a modernidade precisamente de todo o contrario á persistencia dun pensamento mítico? ¿Son os seus atributos contrarios á mitoloxía? ¿Non aspiraba Comte á superación dos estadios teolóxico e filosófico para acadar dun modo pleno e definitivo o estadio científico ou positivo, onde as ciencias servirían para explica-la totalidade dos acontecementos que nos circundan? ¿Queda sitio para unha mitoloxía, vinculada a ese «pensamento salvaxe» ó que aludía Lèvy-Strauss, mitoloxía que pola súa esencia non pode ser atrapada polos lazos estreitos da racionalidade? Os adxectivos cos que se adornou este substantivo, a modernidade (no que ignoro se aínda estamos, persistimos ou simplemente se trata dun novo cadáver histórico, que deu paso a unha era «protocibernética»), impediron en principio unha vinculación exacta co concepto de mito na súa vertente relixiosa, espiritual. A modernidade é o máis afastado dunha espiritualidade colectiva e sen ela non se pode construí-lo mito. A espiritualidade colectiva ten a súa condensación no campo relixioso. Recórdese que foi Feuerbach quen converteu a Deus nunha mera proxección dos desexos e esperanzas dos homes. Pero o home necesita crer en algo. Anselmo de Canterbury formulou a famosa frase *credo ut intelligam*, creo para comprender, expresión da dependencia da razón respecto á fe, da filosofía respecto á teoloxía, *ancilla Theologiae*. Secularizando o seu pensamento, pódese afirmar que o home cre porque necesita crer, independentemente dos contidos materiais cos que se enche esa crenza. Sempre e en todo lugar, o home acode a mitos, a heroes, a seres extraordinarios que o salven da mediocridade imperante, que axuden a camiñar con novos ánimos, que permitan fixar obxectivos, resultados, fins, aspiracións. Eses ideais son fábulas en moitas ocasións, pero son necesarias. Como O dourado, mito colectivo, que se converteu nun dos elementos decisivos para o coñecemento, movido pola avaricia, do continente americano. Tamén a modernidade sucumbiu ós encantos das lendas e tamén o dereito moderno se fixo eco desta proverbial tradición humana. Grossi advírtenos nas primeiras páxinas da súa obra que a aparición dunha mitoloxía xurídica supón a transformación do coñecemento en crenza: «(...) un grueso y enmarañado nudo de certezas axiomáticas se ha ido sedimentando lentamente en el intelecto y en el corazón del jurista moderno, un nudo que ha sido aceptado pasivamente, que ni siquiera se ha planteado discutir porque aparece fundado sobre un lúcido proyecto originario de mitificación: mitificación como proceso de absolutización de nociones y principios relativos y discutibles, mitificación como traspaso de un proceso de conocimiento a un proceso de creencia» (pp. 15-16). Iniciouse, pois, o camiño cara á construción dunha relixión xurídica, cos seus dogmas de fe, cos seus misterios, cos seus arcanos. O xurista admíteos, acéptaos, sen conciencia crítica, sen sabe-la súa orixe, o seu fundamento, a súa razón de ser.

Admítese tradicionalmente que o nacemento da filosofía se expresa coa famosa frase «paso do mito ó logos», tránsito desde a explicación fantasiosa, mitolóxica, supersticiosa do universo á súa explicación racional. No século XVI, era Francis Bacon quen lle encomendaba ó filósofo a loita aberta contra os ídolos, outra forma de mitos. A investigación necesita a liberación de prexuízos e de esquemas preconcebidos na medida en que poidan incidir no resultado final. Hai que combater tanto os *idola tribus* (prexuízos da especie humana, inherentes á súa natureza, procedentes dos sentidos), os *idola specus* (da tribo), os *idola fori* (da sociedade) e os *idola theatri* (os de autoridade, fundados no prestixio do que gozan algúns no escenario público). A obra que comentamos é, precisamente, unha destructora do *idolas iuris*.

Non é preciso presentar aquí o profesor Paolo Grossi, nin glosa-la súa voluminosa obra. A xente familiarizada co labor do *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* da Universidade de Florencia é consciente de que tanto el coma os seus máis egregios discípulos (os profesores Costa, Fioravanti, Sordi, Cappellini, Mannoni, entre outros), constitúen un dos grupos de traballo máis sólidos, rigorosos e convincentes de todo o panorama historiográfico europeo. As liñas de investigación que cultivan non se detiveron exclusivamente no campo da historia do dereito medieval, moderno ou contemporáneo, senón que se proxectaron cara á actualidade máis rabiosa, cara ó comentario desde a óptica histórico-xurídica do conxunto de transformacións que estamos vivindo. A reflexión sobre a esencia do dereito, así mesmo, brindou algunha colaboración recente na que, con linguaxe clara, sinxela e directa –non en van a obra está inspirada nas leccións introductivas que Grossi vén desenvolvendo desde fai anos para os alumnos de primeiro ano de licenciatura na Universidade de Florencia–, expón os recantos do mundo do dereito, do que é boa mostra o seu traballo *Prima lezione di diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003; síntese feita con bo gusto, mellor literatura e o suficientemente gráfica e expresiva para satisfacer os intereses do perito e do lego en cuestións xurídicas. Desta forma, o laboratorio florentino erixiuse por dereito propio nun dos máis fecundos centros de investigación, como acredita a realización de numerosos congresos e encontros, a continuada publicación dos *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, a *Biblioteca per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* cun amplo abano de temas nos seus números monográficos, imbuídos todos estes logros culturais dunha tendencia á ruptura das fronteiras habituais nas que se acantonou tradicionalmente a historia do dereito e buscou a dimensión práctica, útil, tanxible do coñecemento histórico do fenómeno xurídico, de todo fenómeno xurídico. Achegando os datos da realidade empírica, comparando situacións, aproveitando exemplos procedentes de tempos remotos, traspoñendo experiencias, conseguiuase converte-la historia xurídica nunha historia actual, viva, afastada desa «historia anticuaria ou monumental» que tanto anoxaba a Nietzsche. Quizais sexa esta a dirección que debemos ou que debe ser copiada. Recentemente o profesor Sánchez-Arcilla aludía á necesidade de que a historia

do dereito se insira plenamente como o eixo conceptual elemental da ciencia xurídica, como disciplina básica para o coñecemento de todo proceso xurídico (Vid. Sánchez-Arcilla Bernal, J., *Jacobus, id quod ego. Los caminos de la ciencia jurídica*. Editorial Dykinson, Madrid, 2003, pp. 447 e ss.). O camiño florentino pode servirnos de guía.

O pequeno, pero intenso e suxectivo, volume que é obxecto da presente rensión crítica componse de tres ensaios, orixinados noutras tantas conferencias dadas en sedes diversas como se indicará a continuación. A obra foi publicada inicialmente en italiano pola prestixiosa editorial milanese Giuffrè no ano 2001. Na nota introductoria, Grossi formúlase, no que é unha constante en toda a súa produción científica, dun modo claro cál é o papel que lle corresponde ó historiador do dereito. Non hai dúbida: trátase da conciencia crítica do estudioso do dereito positivo. O historiador do dereito, como sucede con todo historiador, é desconfiado por natureza. Non abonda con recibilos datos, elemento capital do quefacer historiográfico; hai que actuar sobre eles coas armas da lóxica e da razón, co método que se asumira como propio: hai que saber de onde proceden aqueles, cómo chegaron ata nós, qué camiños e influencias seguiron, se son ou non veraces, se é factible ou non detectar modificacións producidas polo tempo e polos axentes que operan neste, falsificacións, cambios, alteracións, así como as razóns recónditas que os inspiran, etc. Evidentemente, o historiador aparece así mesmo como «erudito coñecedor do pasado próximo e remoto», se ben, como o propio autor advirte, atopámonos neste caso ante un papel nobre, pero menor, que aparece reconducido en última instancia a un sacrificio de corte intelectual, a unha auténtica renuncia (p. 15). O obxecto deste criticismo constitúeno os dogmas que a modernidade consolidou ó longo dos séculos XIX e XX. Este traballo é un auténtico disparo á liña de flotación dalgunhas das crenzas máis consolidadas e arraigadas no pensamento xurídico europeo contemporáneo; algúns dos seus heroes, caso de Kelsen, non saen moi ben parados deste enfrontamento. Para desmontalos, Grossi acode a un método simple: a comparación, que agudiza o sentido crítico da perspectiva. A comparación conduce á comprensión; a comprensión, á redución, non como valoración negativa, senón como recondución do fenómeno á súa medida histórica real (p. 19). Efectúase así unha «revisión crítica de algunos fundamentos de la modernidad jurídica aceptados pasivamente como una dogmática meta-temporal y todavía demasiado absolutizados en la mente del jurisconsulto contemporáneo» (p. 20). A misión do historiador do dereito é, reitera na p. 68, o oficio de comparar, relativizar, diferenciar: historiador é aquel que «advirte la trampa del dato terminológico, prefiere abandonar el simulacro unitario y bajar a la realidad histórica que está, por el contrario, marcada esencialmente de inagotable discontinuidad» (p. 68). Comeza aquí esta actividade deconstrutiva.

O primeiro dos ensaios ten a súa orixe nunha lección pronunciada na Universidade de Pisa no ano académico 1998-1999, co título «¿Justicia como ley o ley como justicia? Anotaciones de un historiador del derecho» (pp. 21-38). O

dilema está presentado non desde a clásica contraposición entre dereito natural monista e dereito positivo dualista, senón desde a perspectiva histórica. Concretamente, Grossi propón un novo camiño de revisión. O dilema é coñecido. A lei adornouse de certos atributos (xeneralidade, abstracción, rixidez, indiscutibilidade do seu contido), que a fan incuestionable, indubidable, e provocou a errónea identificación do dereito coa simple lei, coa que debería ser considerada simplemente como unha soa das súas múltiples e plurais manifestacións. Isto implicou unha consecuencia: a desconfianza por parte do común dos homes. Intervén o historiador do dereito para mostra-lo relativismo desta solución que é froito dunha «elección política próxima a nosotros» (p. 23), que, por tanto, non pode ser conceptualizada como un dogma, como a resposta definitiva, plena, ansiada. ¿Como mostrar ese relativismo? Mediante a comparación. A resposta non está no vento, senón no medievo (obxecto dun dos traballos máis celebrados de Grossi, *L'ordine giuridico medievale*. Editori Laterza, Bari, 1995, cunha traducción española de 1996). A Idade Media é ese maravilloso taller onde a dimensión xurídica «circula constantemente por las venas del organismo medieval» á cal se profesa un respecto total e innegable, fronte á instrumentalización que domina na época moderna: «Lo que en el primero aparece entre los fines supremos de la sociedad civil, en el segundo resulta un instrumento, aunque relevante, en manos del poder político contingente» (p. 24).

O mundo medieval achega unha visión da orde xurídica no estatal (o cal non significa a ausencia dun poder, senón a carencia dun poder omnicompreensivo, totalizador, como o que se construírá na época moderna), que descansa sobre tres piares básicos. A xeración do dereito obedece á realidade histórica, co que non xorde da vontade do gobernante, senón como unha emanación da propia sociedade e loxicamente antecedente, «que nace en las vastas espiras de la sociedad con la que se mezcla, a la que se incorpora» (p. 25): existe o dereito; o poder vén despois. En consecuencia, e nun segundo lugar, non é a voz do poder a que nos fala: o dereito arrinca da sociedade e acaban ámbolos dous por fundirse, dado que a «dimensión jurídica no puede ser pensada como un mundo de formas puras o de simples mandatos separados de una realidad social» (p. 26). A terceira consecuencia atopa nesta sociedade a súa raíz e convértese así en cimento de todo un edificio cultural, civilizador. A dulcificación que implica esta visión do dereito, fronte ó predominio dunha linguaxe dura, directa, cortante, típica dos nosos días, achega unha concepción laxa do xurídico, apén-dice da propia dimensión social do home, xerado sen a intromisión de axentes estraños: soamente o home e o dereito se enfrontan nesta formulación. García-Pelayo recordábanos hai tempo como os termos *ius* e *honor* son sinónimos no momento medieval, porque o dereito é creación da comunidade e de cada un dos individuos, razón pola cal o ataque ó dereito se ve como ataque á comunidade e ós seus integrantes, razón pola cal a defensa dese dereito vulnerado correspóndelle tanto á propia colectividade coma ás partes que a conforman. O dereito non é algo alleo ou engadido ó individuo: forma parte da súa ontoloxía,

da súa esencia. Ortega y Gasset destacaba como no medievo ter un dereito e ser capaz de mantelo, de defendelo, eran situacións totalmente equiparables, idénticas, do que se deduce a inexistencia do dereito obxectivo e a pluralidade de dereitos subxectivos, liberdades. Max Weber referíase a un «cosmos de privilexios» para explica-lo mundo xurídico altomedieval. Se ese dereito está dado, está creado, conformado, soamente resta un labor: interpretalo. O dereito, di Grossi, concíbese como interpretación, «trabajo de una comunidad de juristas (maestros, jueces, notarios) que, sobre la base de textos autorizados (romanos y canónicos), lee los signos de los tiempos y construye un derecho auténticamente medieval, a costa de ir más allá e incluso contra lo expuesto en esos textos que a menudo asumen el reducido papel de momento de validez formal» (p. 27). Tomás de Aquino será quen leve á súa máxima expresión esta posición ó formula-la súa coñecida definición da lei humana como ordenación da razón, dirixida ó ben común, promulgada por quen ten ó seu cargo o goberno da comunidade. Os tres aspectos expostos polo aquinatense amosan á perfección as dimensións do fenómeno xurídico desde a perspectiva da creación: o núcleo esencial (norma que debe ser ordenación e ser racional), a teleoloxía da norma, a autoridade que debe realizala e actuala posteriormente. A modo de recapitulación, Grossi equipara a figura do dereito a unha realidade óntica, escrita na natureza das cousas, realidade radical, xa que emana das raíces da mesma sociedade e por isto se identifica co costume, con aqueles «hechos típicos que confieren su rostro peculiar a una civilización histórica» (p. 29).

Fronte á visión medieval, na que se produce un entrecruzamento, unha amalgama do social (obxecto) e do xurídico (método de ordenación), a modernidade simbolizada no nacemento paulatino dos diferentes reinos (o modelo é Francia, que constrúe un sistema político de corte marcadamente absolutista, estatalista, entre os séculos XIII e XVIII). A sociedade, o colectivo, dá paso ó príncipe, suxeito solitario e illado, «individuo modelo y modelo de todo individuo» (p. 30), quen dunha forma desapaixonada, indolente se se quere, procede á creación do dereito conforme xa á súa soa vontade. Aparece a soberanía e o seu gran teórico: Jean Bodin. Ese príncipe «no ama las mortificaciones provenientes de la realidad de este mundo, que no está en diálogo con la naturaleza y con la sociedad, que tolera la humillación de ser simple parte de una relación. Él -individuo en absoluta insularidad- tenderá a proyectar hacia fuera una voluntad perfectamente definida, que encuentra en él toda posible justificación» (pp. 30-31). Ese príncipe trastorna a idílica paisaxe medieval ata agora contemplada. Pasamos, pois, a unha serie de presupostos diferentes ós que ata entón se xeraran. A súa vontade, o seu desexo, a ausencia de conexión do dereito coa armazón social, a tecnificación do mundo xurídico, a aparición dos letrados, etc. En certa maneira, prodúcese un baleiro substancial. Fronte á lei medieval, plena de contido, aparece a lei moderna, acto de volición autoritaria do titular da nova soberanía e caracterizada polas notas de xeneralidade e de rigidez. Así o expresará Montaigne nos seus *Essais*. Disto deriva unha terrible con-

secuencia: a lei convértese en pura forma, acto sen contido, acto que posúe un carácter legal que non depende dun contido concreto, senón da súa procedencia soberana. Dá igual cómo se procede a enchelo: o importante é o requisito formal; o contido é secundario e presúmese a súa concordancia co resto do dereito, se é que este existe, ó depender da soa vontade do autócrata o seu respecto e a súa conservación. Os séculos XVIII e XIX non farán senón acentuar esta concepción. A expresión máis acabada témola na Codificación francesa, de onde emanan apotegmas que hoxe son considerados como tópicos, pero que expresan á perfección ese estado de ánimo xurídico do momento: o xuíz é a boca que di as palabras da lei (soa e exclusivamente); o imperio da lei convértese na aspiración da orde xurídica; o recurso de casación defende a aplicación uniforme e textual da norma legal sen darlles cabida a labores esexéticos doutro signo, a Escola da eséxese que renuncia a calquera elemento metaxurídico para interpreta-las normas, etc. En suma, construíuse un sistema que se fundamenta na mística da legalidade, do poder lexiferante que substituíu ó soberano (cambio de titularidade, pero identidade de resultados: poder absoluto na súa actividade, se ben con matices procedentes do ámbito anglosaxón; a constitucionalidade das leis tarda en arraigar na Europa continental). O resultado final: a fusión de dereito e lei, a súa identificación, situación que Grossi concibe como o gran drama do mundo moderno: «la absorción de todo el derecho por la ley, en su identificación con la ley, aunque sea mala o inicua, como decíamos al principio» (p. 36). ¿Trátase de volver ó momento medieval? ¿Trátase de resucita-lo pasado? Non. Simplemente se debe aproveita-lo que de benéfico hai na antigüidade e recordar, polo tanto, o engarce que debe existir, por cuestións naturais, lóxicas, entre unha sociedade que necesita o dereito e un dereito que necesita da sociedade, máxime cando nos actuais momentos a dinámica social provoca cambios incesantes, que fan que o dereito se converta moitas veces nun simple certificado de actos consolidados, nun notario dun *statu quo* xurdido á marxe deste, pero que debe acoller no seu seo, perdendo a función de cambio, de orientación que lle debe corresponder a este pola súa propia esencia. O historiador do dereito debe de actuar precisamente para arrancar esta enfermidade dogmática desde as súas raíces. ¿Como? Mostrando que outros universos xurídicos son posibles, que outra conformación da realidade xurídica se pode facer factible recorrendo ó expediente do pasado. A crítica é evidentemente constructiva, non simplemente demoleadora.

O segundo dos traballos compilados «Más allá de la mitología jurídica de la Modernidad», pp. 39-65, texto tomado da conferencia pronunciada ó recibi-lo autor o *Premio Internazionale Duca di Amalfi* no ano 2000, procede a unha depuración dos dogmas modernos xa anteriormente apuntados. A mitoloxía, segundo Grossi, aparece claramente como construción intelectual dunha metarrealidade: «Para esto sirve el mito en su significado esencial de transposición de planos, de proceso que compele a una realidad a completar un vistoso salto a otro plano transformándose en una metarrealidad; y si toda realidad está en la historia, de

la historia nace y con la historia cambia, la metarrealidad constituida por el mito se convierte en una entidad metahistórica y, lo que es más importante, se absolutiza, se convierte en objeto de creencia más que de conocimiento» (p. 41). A modernidade necesita do mito porque precisa aferrarse a algo absoluto: o mito suple o baleiro, a carencia, perigosa para a propia estabilidade da sociedade. Os distintos caracteres do dereito moderno fan que xurdan os correspondentes mitos ó seu redor: o valor incuestionable da lei como expresión dunha pretendida vontade xeral, a matematización da interpretación xurídica por medio da vía da subsunción (plenamente leibniziana), o abandono da noción de xustiza material ou axiolóxica, a visión potestativa do dereito, a reformulación de formulacións positivistas que atopan en Kelsen a súa máis alta expresión, etc. Fronte a todos estes postulados, case convertidos en verdades de fe, a postura do xurista (e Grossi volve sobre os seus argumentos xa coñecidos) debe se-la do extremo criticismo e a recuperación da sociedade como medida e resultado do xurídico. «Urge, señala el autor en p. 45, recuperar la juridicidad más allá del Estado y más allá del poder, urge recuperarla para la sociedad como realidad global, con una recuperación que es, ante todo, oficio de jurista». A sociedade débese converter así no parámetro que mida non só a eficacia, senón incluso a validez do dereito. O vínculo sociedade-dereito debe poñer de manifesto a complexidade deste último: «Espejo de la sociedad, refleja su estructura abigarrada, estratificada y diferenciada» (p. 46). O dereito xa non pode ser concibido desde un prisma unilateral e simplificador.

A continuación, Grossi repasa os mitos e impúgnaos con argumentos sólidos e convincentes. Á visión potestativa do dereito, creación do poder, representada polo formalismo kelseniano, opón aquela acertada visión de Santi Romano do dereito como «ordenamento», é dicir, como unha expresión da sociedade en toda a súa extensión e en toda a súa plenitude. O dereito non pode ser visto como orde monolítica, creada á marxe dos valores, operadores e principios colectivos, senón que debe incardinarse precisamente na senda que a propia sociedade e cada un dos seus integrantes lle van trazando. Soamente o engarce entre sociedade e dereito permite a realización da plenitude de aspiracións da unha e do outro. Sen esa concordancia, o dereito non lle serviría á colectividade á que, paradoxicamente, lle tería que servir; se a sociedade non emprega o dereito como técnica, produciríase o consecuente caso, a desorde, a anarquía. Non debemos esquecer-las palabras de Goethe: é preferible a inxustiza á desorde. Aquela pode repararse; a segunda dificilmente pode ser obxecto de reparación porque normalmente significa o tránsito cara a outros novos mundos. A reivindicación do ordenamento é, así mesmo, reivindicación da orde, unha orde que debe ser rigorosa, mais non estricta, que debe regula-lo «indócil mundo dos feitos», se ben respectando a complexidade e a pluralidade da realidade: «Es lo opuesto a masificación y a simplificación forzosa» (p. 54). Novamente a referencia a Tomás de Aquino aparece en toda a súa magnitude.

Finalmente, a interpretación-aplicación debe ser outro dos puntos crítica-

bles, outro dos mitos que cómpre derrubar. Non cabe admitir xa a seca e descarnada forma de aplicación que proclamou Montesquieu e sacralizou a Revolución francesa. O xurista debe proceder a realizar estes labores non desde unha dimensión meramente cognoscitiva: debe tomarse «como vida la norma en el tiempo y en el espacio, encarnación de la norma en cuanto ejercicio, práctica, uso; enfoque que esté dispuesto a aceptar en el panorama jurídico incluso a la comunidad de usuarios con una función no meramente pasiva, que esté dispuesto a admitir no un solo protagonista monocrático (el titular del poder), sino una pluralidad compacta de sujetos» (p. 60). Para cumprir este cometido, dúas son as recuperacións esixibles: o dereito é máis aplicación que norma (conci-bilo coma unha simple pauta de conducta fixada nun texto provocaría o alongamento da vida), e o dereito é, ante todo, ordenamento (a súa autoridade atópase nos contidos que compón e que propón, está en ser lectura obxectiva da realidade, intento de racionalización desta): «Es una autoridad que nace de abajo, que hace que se acepte y observe espontáneamente por la sociedad; la observancia –que es el gran misterio del derecho– pierde así lo repugnante de la coerción. Con el derecho-ordenamiento hasta el hombre de la calle puede reconciliarse» (p. 60). O gran *sanctasanctorum* da legalidade, a mesma lei, sucumbiu ás esixencias teóricas e prácticas das novas sociedades. O fragmento que segue é sumamente expresivo: «La ley vacía era una suerte de forma ingeniosa dentro de la cual el legislador omnisciente, infalible, omnipotente podía hospedar a su arbitrio cualquier contenido. El ordenamiento jurídico, resuelto en un gran esqueleto legislativo, admitía un solo cordón umbilical, el que le unía con el poder, el único del que extraía vitalidad, alimento, efectividad, mientras no reconocía ninguno con la complejidad de la sociedad» (p. 61).

Desmontados os mitos, ¿queda algo aproveitable? Que non se estenda o pesimismo. Grossi, tomando como referencia o labor da Corte constitucional italiana, viu como se produciu unha recuperación da racionalidade como límite da acción lexislativa e do dereito vivo. O formalismo pode ser combatido e pode ser vencido, sen ter que ser erradicado. As novas demandas, necesidades e esixencias da vida actual, cotiá, esixen un dereito activo, dúctil, renovado continuamente, que non se converta en ríxido corpiño, senón en técnica ó servicio da colectividade, un dereito que poida moverse coa velocidade da propia sociedade e que cumpra a súa misión suprema de ordenación e pacificación, sen renunciar abertamente á forma, que é, como se sabe, o prezo que hai que pagar pola seguridade. A identificación dereito-lei debe entenderse xa superada, do mesmo xeito que debe desaparecer-la idea de que o dereito se fai exclusivamente mediante leis e que só o lexislador é suxeito creador. A esixencia, conclúe Grossi, é unha: quitarlle á lei o papel totalizador e socialmente insoportable que a era burguesa lle outorgou (p. 64). Debe se-la sociedade a que fale, a que xere a riqueza xurídica, tal e como sucedía na cidade de Amalfi, crisol de tradicións mercantís e comerciais, á que se refire cun especial cariño histórico no final da súa intervención.

Finalmente, queda un punto por atacar: a materialización dos idearios xurídicos modernos realizouse fundamentalmente por medio dos códigos, obxecto do último traballo recollido: «Códigos: algunas conclusiones entre dos milenios», pp. 67-93, relación final presentada no congreso *Codici. Una riflessione di fine millenio*, desenvolto en Florencia en outubro de 2000. O código é, cos seus antecedentes iusracionalistas, o fillo máis preclaro da modernidade xurídica. Aparece no século XIX como ruptura nunha triple dirección: nova maneira de concibi-la produción do dereito, nova forma de disciplina-las relacións coas fontes, e nova maneira de presenta-las relacións entre a orde xurídica e o poder político. Fronte á concepción da orde xurídica típica do Antigo Réxime, exemplificada nas recompilacións da Idade Moderna, orde caracterizada por tres notas (era aluvional, ó segui-lo devir da sociedade; era pluralista pola súa intensa conexión coa sociedade e coas súas forzas plurais; e era extraestatal, no sentido de non rexistra-la voz do poder político continxente, aforrando os seus condicionamentos), o codificador opón unha orde antitética: racional, destinada a configura-la sociedade ó seu antollo; único, fronte á diversidade; e fundamentalmente estatal. Esta nova visión, sen embargo, non é exclusiva responsabilidade napoleónica. Grossi fala doutros responsables anteriores: Bodin, Luís XIV, Colbert, Domat e Pothier, entre outros, sentaran as bases para acabar nesta situación de «absolutismo xurídico», cada un coa súa pequena achega (a soberanía, a identificación rei-Estado, as primeiras disposicións xerais estendidas por todo o reino de Francia, o engarce e a adaptación do dereito francés ó dereito romano, explicado «segundo a súa orde natural», entre outros logros). Todo acabou por desembocar nun príncipe, lexislador omnisciente, na identificación da lei co soberano, coa súa soa vontade, cos seus únicos desexos. Gracias a Rousseau, trasponse o soberano, altérase a súa residencia: xa non será o rei, senón o pobo. É indiferente porque a liberdade e o poder son os mesmos, os máis amplos imaxinables. E ademais sen control.

O froito maduro que se obtén de toda esta herdanza xurídica é o código. Grossi destaca varias das características desde: a súa tipicidade está caracterizada pola súa tendencia (o que non quere dicir que se realice sempre, senón que aparece como orientación inspiradora) a ser fonte completa, unitaria e exclusiva. Completa porque se considera a compilación perfecta da orde xurídica, o que todo o contén e todo o resolve, directa ou indirectamente, por medio do seu pormenorizado articulado e por medio da remisión a determinados argumentos como a equidade, o dereito natural ou os principios xerais do dereito; é unitario, reconduce o dereito a unha unidade formal e material, razón pola que é exclusivo, porque fóra del non hai dereito ou, o que é o mesmo, con expresión de Bugnet, é todo o dereito. Sen embargo, estes idearios foron sucumbindo co paso do tempo e son poucos xa os que cren na infalibilidade dos códigos coa mesma fe cega coa que se entregaran os xuristas do século XIX, salvo honrosas excepcións. O substrato desta fe cega no código é a expresión do pensamento burgués e dos principios que o suxeitan (propiedade individual e libre, liberdade

contractual, autonomía da vontade, etc.). A burguesía é a gran triunfadora da Revolución francesa e é lóxico pensar que utilizará os medios que o dereito, o seu dereito, pon ó seu servizo para a realización dos fins que esta se propuña. A transformación social, máis moderada e matizada do que se creu (toda revolución acaba nun proceso de osmose, que leva a contemporiza-las súas formulacións máis radicais pola soa evolución do tempo). A abstracción e a igualdade xurídicas son os resultados finais da ecuación. Evidentemente, isto efectúase por contraposición ó pasado, pero non desde un punto de vista neutral. A burguesía quere materializar eses postulados porque entende que lle van beneficiar. Pero estes acaban convertendo o código nunha «muralla china que separa el mundo del derecho (y de la relevancia jurídica) del mundo de los hechos (y de la irrelevancia jurídica), tan compacta e impenetrable como quizá nunca se había logrado en los largos tiempos de la historia jurídica occidental» (p. 81). O código resulta así incomunicable (a expresión é de Paolo Cappellini), ou, o que é o mesmo, é o resultado dunha monopolización da produción xurídica, instrumento dun Estado monoclasa, centralista que se expresa «en una lengua nacional, culta, literaria, voluntariamente lejana de los mil dialectos locales, los únicos verdaderamente gratos y comprensibles para la masa popular» (p. 83). O código devén autoritario e con isto prodúcese a súa separación respecto da sociedade civil, xa que a creación é o momento máis relevante. A aplicación ou interpretación a penas achega nada e convértese nun simple mecanismo lóxico-formal de transposición de regras abstractas, lineais, simples. O dereito acaba desembocando nunha visión textual deste, tanto na súa esencia coma na súa interpretación.

Reaccións procedentes de Francia (Saleilles, Geny), trataron de mostra-la equivocación de moitos destes postulados, reivindicando o dereito vivo, non fosilizado, practicamente morto en que os códigos se converteron. Evidentemente, na actualidade, a vida dos códigos ten que lles facer fronte a unha serie de consideracións importantes que fan de todo punto obsoleto o modelo decimonónico: o rápido cambio social, comporta a inaplicabilidade dos arquetipos do século XIX, onde a sociedade evolucionaba dun modo máis calmado, pausado e lento, co que podía ser ordenado conforme a categorías non elásticas: hoxe en día, o ritmo frenético impide aprehender moitas veces a realidade ó mesmo tempo que se producen os seus cambios e o lexislador se comporta como un reparador no xurídico de algo que a sociedade xa consagrou ó seu arbitrio e á marxe daquel; a complexidade da civilización e a universalización desdebuxaron o panorama tipicamente estatal sobre o que erixía o código; e o papel das constitucións, na súa acepción contemporánea, contribuíron a desdebuxa-la noción de código ata obrigar a unha reformulación do seu valor, da súa función, dos seus límites e das súas aspiracións. A súa función, di Grossi, é a de ofrecer un amplo marco, un código que opere como formulador de principios: «Es evidente que el Estado no puede abdicar de la fijación de líneas fundamentales, pero es también claro que se impone una deslegalización, abandonando la desconfianza ilustrada ha-

cia la sociedad y desarrollando un auténtico pluralismo jurídico con los particulares como protagonistas activos de la organización jurídica así como lo son del cambio social. Sólo de esta manera se podrá colmar el foso entre cambio social y sistema de reglas jurídicas que hoy percibimos con amargura» (p. 92). O código xa non pode ser concibido ó modo francés revolucionario, napoleónico. É preciso certificar unha ruptura, unha discontinuidade tanto entre o século XIX e o Antigo Réxime, coma entre o século XIX e os tempos actuais. A función do código debe incardinarse dentro dos límites apuntados, debe operar como instrumento moderador e regulador do cambio, atendendo ó que a sociedade vai pedindo ou impondo segundo os casos. Débese volver, pois, ó engarce necesario entre sociedade e dereito, co fin de evita-lo illamento que se deu entre ámbalas dúas instancias. Soamente así o dereito terá sentido. A historia pode subministrar argumentos, modelos, experiencias. Acudamos, pois, a ela tanto para o bo coma para o malo.

Novamente, o mestre florentino deu mostras da súa madurez intelectual, da súa clarividencia, da súa profunda capacidade de análise que lle fai percibir, ó mesmo tempo, o bosque e cada unha das súas árbores, do seu estilo áxil e renovador, da súa visión claramente práctica dunha historia do dereito que debe saír dos seus cuarteis de inverno para mergullarse na sociedade actual, para responder a esta coas armas das que se dispón: o coñecemento histórico, que é coñecemento empírico, dun dereito que foi, que triunfou ou fracasou, pero que posúe uns testemuños que constitúen unha fonte de riqueza indiscutible para a organización do futuro. A historia do dereito é así explicativa, argumentativa, pero non como mera erudición, como coñecemento inútil, senón como coñecemento práctico e real, ó servizo da sociedade e ó servizo do dereito. A senda de Grossi, que non debe converterse en mito ou en dogma, é quizais un dos camiños máis atractivos polos que se debería conduci-la ciencia xurídica dos tempos vindeiros. Isto contribuirá, como sinalaba o autor no prefacio, p. 13, a eludi-las simplificacións e os mitos que constitúen unha hipoteca grave e pesada para a conciencia do xurista italiano, coa misión de pedir unha reflexión máis vixilante e estimulante sobre o cúmulo de nocións e principios basilares da civilización xurídica moderna asumidos como patrimonio supremo, inviolable e definitivo. Así o historiador do dereito debe recupera-la función de conciencia crítica da sociedade e do cultivador do dereito positivo: «Puede contribuir a que viva el presente en su historicidad, punto de una gran línea histórica que nace en el pasado, que no está destinada a terminar en el presente, que por el contrario se proyecta hacia el futuro. De tal manera, el historiador se convierte paradójicamente en garantía de futuro para un estudioso del derecho positivo constantemente sometido al riesgo de un antinatural inmovilismo» (pp. 37-38).

Faustino Martínez Martínez

*Departamento de historia do dereito e das institucións
Universidade Complutense*