

II

DE UN DERECHO, LA CONSTITUCION, Y UN REVES, LA HISTORIA

The cause of America is in a great measure the cause of all Mankind Many circumstances hath, and will arise, which are not local, but universal, and through which the principles of all Lovers of Mankind are affected, and in the Event of which, their Affections are interested

THOMAS PAINE, 1776

Si nous nous sauvons nous-même, nous sauvons en même temps tous les peuples qui nous environnent Si nous nous perdons, nous les perdons tous avec nous Suivants que nous aurons la liberté démocratique ou la tyrannie démocratique, la destinée du monde sera différente

ALEXIS DE TOCQUEVILLE, 1848

1. CONSTITUCIÓN AL DERECHO

El perfil de historia constitucional italiana, *Profilo di storia costituzionale italiana*, que Umberto ALLEGRETTI viene publicando desde 1983 ha crecido hasta convertirse en un curso de historia general, siempre constitucional, conforme al planteamiento que se expresa en un subtítulo nuevo: *Individualismo e assolutismo nello stato liberale* (Il Mulino, 1989, 613 pp.). Es más que esto. La temática menos particular que se anuncia en este modo y que alcanza desarrollo en una primera parte ya de por sí extensa (pp. 33-146), constituye la base teórica y el fundamento problemático de toda la exposición, apareciendo ahora la historia concreta italiana como el caso práctico de información e ilustración, de experiencia y contraste. He aquí una exposición de *storia costituzionale* sin más. Paolo Grossi me recomendó su lectura. No es la primera lección que él mismo me ofrece.

Lo primero que merece a mi entender reseñarse es dicha misma ampliación inicial de campo. Cuando Maurice DUVERGER planteaba la historia constitucional francesa (*Les Constitutions de*

la France, PUF, 1944), partía de Francia como concluía en Francia. Su primer problema era el de la formación de una idea constitucional en el Antiguo Régimen francés, con lo cual además se situaba en un terreno institucionalmente político que limitaba y lastraba toda la visión ulterior de un constitucionalismo no antiguo. Cuando Carlo GHISALBERTI emprendía la historia constitucional italiana (*Le costituzioni «giacobine», 1796-1799*, Giuffrè, 1957) y cuando la desarrolla (*Storia costituzionale d'Italia, 1848-1948*, Laterza, 1974), partía y parte de la misma referencia francesa para recluirse en la propia, con derivación incluso hacia un terreno más genéricamente político y menos sustancialmente constitucional.

Era toda una cultura que, encerrándose en espacios nacionales o estatales, había perdido no sólo perspectiva de la historia, sino a un mismo tiempo, lo que revestirá más importancia, sentido del derecho. La aportación de Allegretti supone una recuperación. Llega en un momento significativo; el punto final del libro está intencionadamente fechado el 14 de julio de 1989. Hemos celebrado el bicentenario de la Revolución francesa, pero este mismo acontecimiento, en lo que a la historiografía jurídica importa, ha servido más para poner de relieve la deficiencia que para dar impulso a la regeneración. No puede, sin embargo, decirse que la efemérides no haya contribuido a unos avances. Cosecha ha habido y alguna quedará aún por recolectar. Se han publicado títulos acerca de materias constitucionales relevantes y concretas.

Así los tenemos sobre la justicia revolucionaria (Robert BANDINGER, ed., *Une autre Justice, 1789-1799*, Fayard, 1989) y la que lo resultará menos (Jean-Louis HALPERIN, *Le Tribunal de Cassation et les Pouvoirs sous la Révolution, 1790-1799*, LGDJ, 1987), sobre instauración estatal (Roland DEBBASCH, *Le principe révolutionnaire d'unité et d'indivisibilité de la République*, Economica, 1988) y orden territorial (Marie-Vic OZOUF-MARIGNIER, *La formation des Départements. La représentation du territoire français à la fin du 18^e siècle*, EHESS, 1989), sobre procedimiento político (André CASTALDO, *Le méthodes de travail de la Constituante*, PUF, 1989), institución militar (Bernard DESCHARD, *L'armée et la Révolution. Du service du Roi au service de la Nation*, Desjonquères, 1989), ordenamiento penal (Pierre LASCUMES, Perrette PONCELA y Pierre LENOËL, *Au nom de l'ordre. Une histoire politique du code pénal*, Hachette, 1989), derrota de un derecho (Bernard GIBAUD, *Révolution et droit d'association. Au conflit de deux libertés*, MF, 1989), religión (Michel VOVELLE, *La Révolution contre l'Eglise, De la Raison à l'Etre suprême*, Complex, 1988), esclavitud (Yves BÉNOT, *La Révolution française et la fin des colonies*, La Découverte, 1987), instrumento no sólo lingüístico (Jacques GHILHAUMOU, *La langue*

politique et la Révolution Française, De l'événement à la raison linguistique, MK, 1989), salud más que individual (Jean-Charles SOURNIA, *La médecine révolutionnaire, 1789-1799*, Payot, 1989), etc.

Es cosecha surtida con alguna materia prima común: no suelen trascender estos estudios el horizonte marcado por dicha misma revolución, pese a las propias reducciones constitucionales que patentemente produjo. La *Révolution Française* se compara si acaso consigo misma, contemplándose en un espejo propio: Frédéric BLUCHE y Stéphane RIAL, eds., *Les révolutions françaises* (Fayard, 1989). En el elenco referido de títulos resulta sintomática la repetición de un término como el de *razón*, que aún más se multiplicaría si acudiésemos a índices y textos. Es toda una presunción que abundantemente opera: esta Revolución habría producido *la razón constitucional* no sólo además para Francia; igual lo habría hecho para Europa y prácticamente para la humanidad. Un título cuestiona la razón, pero por reclamo: M. VOVELLE, ed., *La Révolution et l'ordre juridique privé. Rationalité ou scandale?* PUF, 1988). Y cuestión no habrá de ser, para nosotros, de emulación y confrontación nacionalista, sino de advertencia y diagnóstico constitucional. Puede que estemos ante una servidumbre cultural, así jurídica y al cabo social. Cabe que todavía se esté encerrando no sólo a la historia, sino incluso también al derecho en las perspectivas limitadas por las que entonces entrara y transcurriera un ordenamiento.

Algún resquicio en realidad existe que era la ocasión de dilatar. En el capítulo básico de las declaraciones notoriamente se arrastra un debate sobre las relaciones del constitucionalismo francés con el norteamericano, mas la cuestión surgió en términos de filosofía política y no acaba de descender a terrenos de constitución sustantiva (Christine FAURE, *Les déclarations des droits de l'homme de 1789*, Payot, 1988; Marcel GAUCHET, *La Révolution des droits de l'homme*, Gallimard, 1989; S. RIALS, *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, 1989; Bertrand BINOCHE, *Critiques des droits de l'homme*, PUF, 1989, etc.). Por esta vía, que por primera sería apropiada, sigue insinuándose, pero no acaba de llegar la ampliación de perspectivas para la propia historia constitucional francesa. Unos planteamientos de esta dirección son de iniciativa exterior: *The French Revolution and the Creation of Modern Political Culture*, II, Colin LUCAS, ed., *The Political Culture of the French Revolution* (Pergamon, 1988); Vittor Ivo COMPARATO, ed., *Modelli nella storia del pensiero politico*, II, *La Rivoluzione Francese e i Modelli Politici* (Olschki, 1989). Con el concepto más limitado de pensamiento y cultura tampoco se adentran en la historia constitucional sustantiva.

Sin celebración revolucionaria propia, la historiografía constitucional italiana parece actualmente bastante más abierta. El *Profilo* de Allegretti no es ave rara, sino de buen agüero. De una común sensibilidad constitucional, mucho más importante que las diferentes posiciones políticas, son otras introducciones históricas, tanto los escritos que reúne Nicola MATTEUCCI, *Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno* (Utet, 1988), como el curso que publica Giorgio REBUFFA, *Costituzione e Costituzionalismi* (Giappichilli, 1990); también se detecta por la presencia creciente de una historia de objeto constitucional comparado en revistas como *Il Pensiero Politico*, los *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, los *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, de los que tendremos particularmente que hablar, y en otras ahora de ultimísima generación, como *Filosofia Politica* y *Scienza e Politica per una Storia delle Dottrine*. Y ante eventuales divergencias, ya apreciaremos hasta qué punto tanto para la historiografía como para el derecho, para lo que de momento podemos tomar por un par de ciencias, la histórica y la jurídica, lo relevante resulta en efecto la posición constitucional, no la política.

También ya existe en Italia un cultivo a escala monográfica interesante al doble efecto, el histórico y el jurídico, como bien podrá informarnos la misma lectura de Allegretti. Una historiografía jurídica italiana incluso se insinúa por los terrenos de la historia constitucional francesa, descuidada en casa mientras no lleguen celebraciones. Ilustraciones de esto, *Pouvoirs. Revue Française d'Etudes Constitutionnelles et Politiques*, 50, 1989, 1789-1989. *Histoire constitutionnelle*; ejemplo de aquello, Piero CRAVERI, *Genesi di una Costituzione. Libertà e socialismo nel dibattito costituzionale del 1848 in Francia* (Guida, 1985); y no es por fortuna la única tierra de misión para la misma Italia: Giuseppe BUTTA, *Sovranità. Diritto di voto e rappresentanza in Massachusetts e South Carolina, 1776-1860* (Giuffrè, 1988). También puede verse para mayor detalle las revistas dichas, por los estudios y por las recensiones. El medio, en fin, está vivo para el tratamiento de Allegretti.

Así que acudamos a su perfil, al curso que contiene de historia constitucional general; vayamos a esta parte del *Profilo* que aquí nos deberá particularmente interesar. Comencemos por su título, el subtítulo del libro, que indicaba el planteamiento: *Individualismo y absolutismo en el Estado liberal*. Obsérvese bien. No es un anuncio manido; no se trata de la fórmula de tránsito consabida *del Absolutismo al Liberalismo*; tampoco de la pareja convencional mal avenida de *Liberalismo y Totalitarismo*; la señalización es otra, menos usual, más novedosa, trastocando realmente la significación y la posición de estos términos de referencia: *Indi-*

vidualismo y absolutismo en el liberalismo. Es un epígrafe pensado y justificado. No lo dejemos pasar inadvertido. Es la cifra de la aportación entera.

El principio es el individuo, referencia inicial. Así empieza una historia constitucional, no por el tracto de las ideas políticas, sino por la novedad del derecho individual. Unas nociones y unas realidades constitucionales se originan en la historia desde el determinado momento en el que, por la segunda mitad del xvii en Inglaterra, el individuo comienza a concebirse como sujeto del derecho. Esto tan sólo puede cuestionarlo todo, como se demuestra al cabo del siglo con la independencia norteamericana antes que con una revolución como la francesa. Y la concepción de un Derecho de carácter genuinamente individual y sólo derivadamente social hubo de alcanzar a la estructura política de un modo y en un grado que no suele afrontar la misma historia constitucional: «El Estado no parecía tener posibilidad de mantenerse en el seno del liberalismo, porque la soberanía del individuo no admitía su presencia sino como instrumento suyo» (p. 89). El primer problema institucional sería el de la constitución material, antes que formal, del propio Estado.

Como el primer problema jurídico es el del individuo, el de la concepción y el de la realización de su derecho. Es para la propia historia constitucional un capítulo previo al de la misma constitución del Estado. Posición principal del derecho individual no significa establecimiento general de los derechos individuales, mas no deja dicho principio de instituirse, tanto en Europa como en América, en la medida y en el grado precisos para plantear dicho problema de existencia del Estado. Para la consideración de estos extremos fundamentales, Allegretti puede contar con el desarrollo reciente de la propia historiografía italiana; así, entre los que efectivamente aprovecha, Pietro COSTA, *Il progetto giuridico. Ricerche sulla giurisprudenza del liberalismo classico* (Giuffrè, 1974), y Maurizio FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco* (Giuffrè, 1979). Para la suerte del sujeto también interesa Paolo CAPPELLINI, *Systema Iuris* (Giuffrè, 1984-1985).

Con una realidad muy limitada del mismo derecho individual, los Estados se constituyeron, produciéndose desde un principio variables de importancia. En este punto fundacional de unos sistemas ya hubo bifurcaciones que han cristalizado y pesado desde entonces. Bien que en efecto importan al derecho y no sólo a la historia. Mirando al supuesto que le parece interesar más al caso propio, Allegretti particularmente considera un modelo germánico caracterizado por entrañar un verdadero *rovesciamento* constitucional: el principio del sistema pasa a ser el Estado, no el individuo, el derecho del primero, no del segundo. Es el *assolutismo*

del título, el verdadero absolutismo de la historia europea. Modelo sería, más que el francés, para la configuración definitiva de un sistema como el italiano.

La historiografía propia también ofrece de reciente una buena base de operaciones para la dilucidación de Allegretti: Ettore ROTELLI, *L'alternativa delle autonomie. Istituzioni locali e tendenze politiche dell'Italia moderna* (Feltrinelli, 1978); Giulio CIANFEROTTI, *Il pensiero di V. E. Orlando e la giurisprudenza italiana fra Ottocento e Novecento* (Giuffrè, 1980); G. REBUFFA, *La formazione del diritto amministrativo in Italia. Profili di amministrativisti preorlandiani* (Il Mulino, 1981); Lorenzo ORNAGHI, *Stato e Corporazione. Storia di una dottrina nella crisi del sistema politico contemporaneo* (Giuffrè, 1984); Bernardo SORDI, *Giustizia e amministrazione nella Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legítimo* (Giuffrè, 1985); P. COSTA, *Lo Stato immaginario. Metafore e paradigmi nella cultura giuridica italiana fra Ottocento e Novecento* (Giuffrè, 1986); Aldo MAZZACANE, ed., *I giuristi e la crisi dello stato liberale in Italia fra Otto e Novecento* (Liguori, 1986); Pierangelo SCHIERA, *Il laboratorio borghese. Scienza e politica nella Germania dell'Ottocento* (Il Mulino, 1987).

Posterior al volumen de Allegretti es el de Aldo SCHIAVONE, ed., *Stato e cultura giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica* (Laterza, 1990), con el trabajo especialmente interesante al efecto de M. FIORAVANTI, *Costituzione, amministrazione e trasformazione dello Stato*, que figura el primero. Anterior, como no deja de registrarse, es la advertencia de Andrea ORSI BATTAGLINI; comentando precisamente esta literatura, refiriéndose en particular a *Lo stato immaginario* de COSTA, *Giustizia e amministrazione* de SORDI y *Giuristi e costituzione* de FIORAVANTI, ya pudo poner el dedo en la llaga: «*L'astratta e infeconda idea*». *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspublicistica* (en *Quaderni Fiorentini*, 17, 1988, pp. 56-614).

En la exposición de Allegretti, un modelo francés resulta desdibujado en relación al germánico, que así habría sido el que finalmente interesara a Italia. Si alguno se le contrapone, parece que es norteamericano; aquél, el de Francia, viene a quedar situado en un terreno intermedio: entraría también por una vía estatista, pero más moderada, sin llegarse al extremo de constituir al Estado como el sujeto con admisión tan sólo derivada de unos derechos individuales. Es motivo recurrente sin que el abundamiento añada siempre precisión (pp. 131-146, 156-163, 254-257, 265-273, 278-282 y 468). La conformación más política y menos jurídica de un sistema constitucional bien característica de algunos casos europeos no se debería a una revolución como la fran-

cesa. Pues es cuestión básica, permítaseme, si tal resulta, la discrepancia.

La planteo procurando no salirme de la misma lectura de Allegretti. En su composición se pone particularmente de relieve la personificación germánica del Estado en base a la cual puede producirse el referido cambio de tomas; pasa esta institución, en lugar del individuo, a constituir el sujeto primario o no derivado de derecho. El mismo Estado así se identifica con Monarquía, Gobierno y Administración, que comprende la Justicia, y no con el Parlamento y otras formas ciudadanas de declaración del ordenamiento y administración de la justicia; unas secuelas más detalladas para la norma y la práctica no dejan de contemplarse tanto respecto al modelo como, más especialmente, para el caso propio, pero en este momento nos interesa la matriz generadora, no los desenvolvimientos, de este concreto constitucionalismo. ¿Dónde se encuentra? En el mismo texto de Allegretti hay indicios de otros orígenes más tempranos, y con ello más fuertemente arraigados.

No me refiero a un absolutismo preconstitucional al que creo que Allegretti concede una presencia indebida cediendo algo contradictoriamente a figuraciones menos constituyentes del Estado (pp. 98-106). No salgo de nuestra época. Tratando de un primer constitucionalismo italiano, nuestro autor registra unas posiciones bien conocidas por la monografía de Luca MANNORI, *Una stato per Romagnosi*, con sus dos volúmenes, *Il progetto costituzionale* y *La scoperta del diritto amministrativo* (Giuffrè, 1984-1987); he aquí ya, citada por el propio Allegretti, la idea literal de un «stato politico» como «persona colectiva» que merece «esistenza e prerogative sue proprie al pari de quelle di qualunque privato individuo» (p. 328); no es la *persona* de derecho artificial que ya se imaginara Hobbes, sino un ente de derecho tan natural como el individuo. ¿De dónde sale la ocurrencia en momento aún anterior al constitucionalismo tedesco? Sólo cabe una respuesta: de una revolución como la francesa a través más en concreto de su cristalización napoleónica. Del *proyecto constitucional* al *derecho administrativo*, este verdadero revés constitucional ya se había producido.

Con unas expresiones como las de Romagnosi, con el modelo francés de fondo, no se trataba ya tan sólo, al asignarse un derecho al Estado, de una especie de equiparación con el individuo, sino, bastante más, al dotársele de privilegios tanto ejecutivos como jurisdiccionales mediante un *derecho administrativo*, de una verdadera imposición del ente político y subordinación del sujeto individual. La suplantación ya se había perpetrado. Con todas las variantes del *absolutismo* constitucional, incluidas las extremas del *totalitarismo*, aquí está el comienzo de esta historia, la formación de este modelo.

Entre las virtudes del curso de Allegretti figura la de mostrar cómo el *fascismo* puede entrar en un determinado desenvolvimiento de la misma historia del *constitucionalismo* (pp. 423-429, 438-441 y 565-567); no es su contrafigura, sino otra variable de su versión *absolutista*. Importa realmente el reconocimiento y análisis de una matriz. Aunque hay momentos, como el de la contraposición entre centralización estatal y autonomía comunitaria (pp. 464-469), en los que no dejan de explicarse deficiencias constitucionales de un modelo como el francés, no se detiene ni penetra esta exposición en dicho terreno.

Bastaba con que existiera como tal el *derecho del Estado*, un derecho *administrativo*, derecho *público*. En el aspecto más constitucional que presta base y fundamento, ¿por qué se hacen precisos unos principios de asociación, representación y responsabilidad distintos a los de un *derecho civil* o común, con sus inmediatos efectos de disminución de la presencia y determinación de los individuos, de desviación de función y sustracción de control? ¿Por qué tiene que concebirse y entrar en juego una categoría de interés *general* independiente de la composición de intereses *particulares*, con su directa secuela de anulaciones, discriminaciones e indefensiones? Si ha habido un momento constituyente del Derecho y del Estado, estos últimos efectos no pueden ser contemplados como herencias históricas; si no se constituyen nuevamente, se reconstituyen de nuevo. La historia anterior todavía no entra, aunque luego ingrese, como veremos.

No hay que olvidarse, además, que se provenía de una cultura jurídica en la que, aunque pudiera hablarse de un *ius publicum*, una escisión tal o una distinción de dicho alcance era algo desconocido; en relación no desde luego a derechos individuales, sino a privilegios corporativos, todos los órdenes sociales anteriormente se componían mediante un mismo *ius civile*, el ordenamiento que se decía *utrumque ius*, no por público y privado, sino por canónico y civil. Es materia que aquí no tiene consideración. Para la propia comprensión de la institución sobrevenida del Estado creo que esto hubiera merecido, con su contraste, alguna atención, previa a la misma que se concede, con su asimiliación, a aquel improbable absolutismo preconstitucional. Es la historia que a pesar de todos nos podrá en efecto interesar. Seguimos todavía con el Allegretti.

A él le preocupa particularmente la *asocialidad* que resulta entonces propia del *individualismo* (pp. 43-48 y 69-87), ocupándole, consiguientemente, el *derecho social* que luego parece venir a corregirlo (pp. 525-539), pero ¿por qué al principio individualista no le siguió el desenvolvimiento lógico del libre *asociacionismo* sin hacerse desde luego exclusión preliminar de dimensión alguna, ni siquiera de la política? ¿Por qué tempranamente se

produjo en algunos constitucionalismos el cortocircuito de una negación explícita de la libertad o el *droit d'association* como corolario de la instauración del propio Estado? ¿No ha sido el *individualismo asocial* uno de los elementos del revés constitucional? ¿No se debe a esto la misma reducción semántica y empobrecimiento ético, la propia descalificación del concepto desnudo, sin necesidad de calificativo? A falta de unas respuestas conclusivas, todos estos interrogantes apuntan de entrada a un concreto modelo, el francés consabido, el de su revolución dichosa.

Es, a mi modo de ver, un punto ciego en la visión bien despierta de Allegretti. El síntoma más serio creo que resulta el de un descuido. No se contempla el solapamiento de la constitución por la codificación, el derecho individual por la Ley estatal de esta forma precisa. Hay un par de alusiones un tanto dispares a «la importancia constitucional del Código civil»; por una parte, encarnaría el contractualismo liberal en un espacio privado (p. 138); por otra, resultará responsable de la cancelación de libertades en el mismísimo ámbito (p. 509). Esta apreciación segunda me parece más realista; con la codificación se produjo una privación de derechos que no sólo afecta a la mujer, como bien se indica, sino a todos, imponiéndose la prevalencia del ordenamiento objetivo por encima de la libertad individual incluso en el terreno privado. El derecho de individuo podría racionarse, pero no escindir-se; para sentar una distinción expresa entre el ordenamiento civil y el político el mismo código había de comenzar por cancelarlo.

Aquí, en este temprano punto, se produciría, según entiendo, el *rovesciamento*, aquel verdadero revés de una historia constitucional. Difícilmente podrá considerarse ésta misma en su vertiente de generación europea sin el abordaje conjunto del ordenamiento codificado. Podríamos volver a Duverger para ilustrar hasta qué punto, por estas latitudes, se le escapa a una *historia de constituciones*, pues en ellas no se encierra un pasado constitucional que hasta el mismo presente alcanza. Tendrá que ser *historia del derecho*, pero de esto hablaremos luego. De lo que al momento importa me he interesado más detalladamente en «Codificación y Constitución» (en *Quaderni Fiorentini*, 18, 1989, pp. 79-145), donde se añade bibliografía, particularmente respecto al término de referencia obligado que es el modelo norteamericano.

Este mismo modelo americano precisaría de un mayor contraste desde sus propios fundamentos. También ha tenido su celebración de partes lograda y malograda (Richard B. BERSTEIN, «Charting the Bicentennial», en *Columbia Law Review*, 87, 1987, pp. 1565-1624). He aquí el primer punto: no se produce una Constitución de Derecho estatal por causa de la misma preconstitución de derecho individual (Akhil Read AMAR, «Of Sovereign-

ty and Federalism»; Paul W. KAHN, «Reason and Will in the Origins of American Constitutionalism», ambos en *The Yale Law Review*, 96, 1987, pp. 1425-1520, y 98, 1989, pp. 449-517, respectivamente). Aunque parezca sarcasmo con que solamente se piense en la existencia de esclavos, así son las cosas. Aquí se estarían ya poniendo las bases de una disociación que podrá sobrevenir desde el mismo arranque europeo, sin esclavitud en sus lares ciertamente, pero también sin el otro extremo, sin el derecho propiamente constitucional que es el individual.

John Phillip REID, en su proyecto de reconstrucción sistemática de la *Constitutional History of the American Revolution* (UWP, desde 1986, I, *The Authority of Rights*, precisamente), no deja de enfrentarse con unas contrariedades cuando llega al capítulo «The Concept of Liberty in the Age of the American Revolution» (UChP, 1988). Somete a concreción histórica el concepto inicial de libertad individual, con todos sus condicionamientos y todas sus contrariedades. Respecto a unos sujetos individuales, respecto a un individuo de concepción genérica y determinación limitada, se mantuvo el derecho. En lo tocante al Estado, pudo así originarse un ordenamiento carente de *derecho administrativo* o que deba decirse *público*, un sistema jurídico sin institución política de derecho propio.

Con toda su ventaja de partida, allí, para un modelo americano, interesa menos el contraste. Desde la otra perspectiva, la francesa, no hay comparación sin perplejidad mientras siga descuidándose este punto inicial de la posición distinta de la institución estatal dentro de la estructura jurídica: Marie-France TOINET, ed., *L'Etat en Amerique* (PFNSP, 1989). La experiencia y la confrontación tempranas de modelos pudieron acarrear clarividencia respecto a estos precisos puntos (L. MANNORI, «Tocqueville critico de Macarel», en *Quaderni Fiorentini*, 19, 1989, pp. 606-615); no habiendo continuidad en el cultivo de este trabajo comparativo, puede llegarse a la composición postrera del signo más solipsista (Jean-Louis MESTRE, *Introduction historique au droit administratif français*, PUF, 1985). Advirtiendo lo primero (p. 472), pero pasando la idea de los orígenes históricos del correspondiente *absolutismo*, el mismo Allegretti deriva hacia esta otra visión.

A los propios propósitos de su exposición, la determinación y contraste de modelos no parece suficiente. No resulta indiferente sobre todo el desdibujamiento del caso francés, del modelo concreto que constituye. Algunos rasgos suyos que ya responden a su revés particular pueden aparecer como características generales, y así necesarias, del sistema constitucional sin más y como tal. Y no son cuestiones secundarias. Particularmente esto pesa en los apartados de la Ley y la Justicia con una concepción

imperativa de la primera y ejecutiva a la par de la segunda que tiende, sin más, a entronizarse (pp. 100-109). Faltan a mi entender capítulos, comenzándose por los de afirmación del poder legislativo y neutralización de la función judicial en la Francia revolucionaria productora de un modelo característicamente europeo, o arrancándose con anterioridad de los presupuestos diversos del caso norteamericano que para unos inicios aparecía también como modelo. Con este trasfondo, con tal contraste, lo que resultaba por nuestras latitudes cisoceánicas ya era una *razón constitucional* de poderes estatales y no de derechos individuales.

A propósito de mi comentario, ¿resulta insatisfactoria también la terminología? No estoy muy seguro ni veo modo fácil, en todo caso, de afinarla. Para prevenir confusiones, ¿podríamos decir *individuismo* en vez de *individualismo* y *estatuismo* en lugar de *absolutismo* o, como también es uso de Allegretti, *estatalismo*? *Individuismo y estatuismo en el constitucionalismo* resultaría el título, con los otros modismos pasando al índice; si el *individualismo* se redujera a una desviación del *individuismo*, el *estatalismo* sería un escoramiento del *estatuismo*. El modelo francés es entonces tan sólo *estatal*, mientras que el germánico *estatalista*, pues hay diferencias. El norteamericano, a su vez, sería de base *individuista* y conocería un desarrollo *individualista* no forzosamente *asocial*. El *estatuismo* europeo ha podido evolucionar por su parte hacia una *socialidad* que fomenta el *individualismo* y no recupera el *individuismo*.

¿Se remedia mucho? No lo parece. El mismo revés histórico del proyecto constitucional ha conducido a una definición tan trufada de individualismos y estatalismos como liberalismos y socialismos de confrontación segura y conjugación insegura que difícilmente se puede sortear el escollo con unos juegos de palabras. Este derrotero de un sistema ha llegado a cargar las expresiones de individualidad y socialidad con unas moralidades tan encontradas que mal sufren y peor permiten esclarecimientos puramente verbales. El diccionario no es como el derecho: no puede ser individual. La opción mejor tal vez sea la adoptada por el mismo Allegretti: *Individualismo y absolutismo en el liberalismo* como epígrafe de un texto con la explicación debida al lector que no se quede en títulos e índices, que no se contente con estos anuncios. Con algún derecho ha de contar el autor que tenga algo que decir; tanto o más que modelar aparatosamente unos términos podrá modularlos discretamente. Tienen su sentido propio el *individualismo* y el *absolutismo* de Allegretti.

A los efectos comunes de ubicación histórica y comprensión jurídica, la insuficiencia esencial consiste, a mi juicio, no en la expresión, sino en la significación; radica, a mi entender, en la relativa indefinición de unas categorías, las modulares y modéli-

cas. Falta así particularmente la determinación más exacta de la variante francesa en la que históricamente quedamos situados y que constitucionalmente estamos superando; sin esperarse a otro modelo, sin necesitar otro módulo, no sólo queda comprendida también España. Y no es solamente que la presencia sea más ancha; es, además y sobre todo, que las raíces son más profundas. La mayoría de los Estados europeos están fundados en este revés determinado. Ya se ve que es una historia interesante para el derecho. No se ha librado un jurista a esta forzada tarea por curiosidad arqueológica.

Pero dicha deficiencia, de ser cierta, puede aquí precisamente detectarse y debatirse, porque están presentes, con conocimiento de causa y constancia de secuela, los asuntos y los problemas. Es la virtud y es el logro de una exposición que realmente expone y verdaderamente se expone. Está aquí el frente, lo que es más que el perfil, de una *historia constitucional general* que unos juristas, siendo su derecho, no suelen ni siquiera plantearse y en la que unos historiadores, siendo su historia, normalmente ni entran. Está aquí la *historia del derecho* que menos se hace y más nos importa.

2. HISTORIA AL REVÉS

No es que esta clase de historia, *constitucional y general* sea inédita, pero como tal, integral, apenas se cultiva. El mismo Allegretti debe sustancialmente proceder relacionando e integrando estudios de las más diversas especialidades jurídicas, tanto de las positivas como de las no positivas, que se han ocupado, las primeras, o se han centrado, las segundas, en los más distintos capítulos históricos. Es el caso éste último no sólo de la misma historia, sino también de otras profesiones de las facultades de derecho como la filosofía. Aquí Bobbio lo acredita, Tarello lo certifica, Rebuffa lo garantiza. De los historiadores diremos más todavía. El caso es que las lecturas a las que ha debido consagrarse Allegretti para elaborar la parte general de su historia constitucional son dispersas y heterogéneas. Es un género que, si ya ha nacido, aún balbucea.

Las mismas historias constitucionales nacionales tampoco es que estén desarrolladas, lo que aquí también consta para la propia, la italiana. Allegretti constata «la ausencia de un cuerpo orgánico de nuestra historia constitucional que no puede suplirse con un estudio como el presente» (p. 431). No es que se haga justicia a sí mismo, porque mucho en esto también aporta. Si no identificaba una razón constitucional matriz, con toda su hipoteca, no deja en cambio de reconocer y analizar la más particular de una

unidad italiana cargada a su vez de lastres. Sabe centrar y puede diseccionar esta historia. Pero en ella ya no íbamos a entrar. Ni tengo la competencia ni resulta preciso. Nos interesa dicha constancia de unas deficiencias historiográficas particulares y propias que pueden mejor advertirse por los mismos planteamientos de partida de una historia general y no ajena. ¿Qué tendríamos entonces que decir de una historiografía constitucional como la española, que no está en grado ni siquiera de alcanzar esa conciencia? Mas tampoco es con ésta con la que quiero ahora proseguir. Lo haré con la historia del derecho.

¿Qué se podría realmente decir de la historiografía constitucional española? Para que nadie se ofenda, digamos que, haya sido factura ya de juristas, ya de historiadores, ha venido a encontrarse de lo más arraigada en las posiciones más *estatalistas*, con las distorsiones más exageradas de los períodos más constitucionales. El mismo inicio de un cambio de orientación no se plantea aquí hasta tiempos muy recientes. Para mí que sólo data de la monografía de Pedro CRUZ, *El estado de sitio y la Constitución. La constitucionalización de la protección extraordinaria del Estado, 1789-1878* (CEC, 1980). A inventario sin beneficio habían procedido las «Notas para una nueva historia del constitucionalismo español» de Francisco TOMÁS Y VALIENTE (*Sistema*, 17-18, 1977, pp. 71-88). Bisoña y con tamaño lastre, mal habrá podido aún afirmarse y no bien todavía desarrollarse. Poco da de sí, según puede verse por mi *Manual de historia constitucional de España* (Alianza, 1989). Y tampoco es como para extrañarse, dada la misma historia constitucional sustantiva.

Así que prosigo con la historiografía jurídica, con la dicha *historia del derecho*, la cual precisamente no viene identificándose con la constitucional. El subdesarrollo de ésta ya puede principalmente achacarse a la desconsideración de aquélla. Pero no paso a otro tema. Sigo en lo mismo, en el problema del *rovesciamento* que decía Allegretti. Y la cuestión exactamente la extiendo a nuestra concreta especialidad: ¿qué papel en todo esto pinta, si algo cuenta, la historia del derecho? Tras el conjunto referido de lecturas puede entrar esta sospecha: que la historiografía tradicionalmente ha sido uno de los mecanismos de suplantación del derecho individual por el derecho estatal, de un constitucionalismo por otro.

Son palabras mayores y es exageración menor. No es asunto secundario. Como el mismo Allegretti pone de relieve, no resultó un tránsito fácil el del *individualismo* al *absolutismo*, conforme a sus términos. Uno de los dispositivos principales fue la construcción de una doctrina jurídica que se presumía exponente de una ciencia, no sólo prudencia, y una cultura, más aún que disciplina, indispensables e indisponibles para la sociedad y para los indivi-

duos. En base al tratamiento más general del *Laboratorio* de SCHIERA y al más específico de los *Giuristi* de FIORAVANTI, Allegretti puede también particularmente subrayarlo, tratando de los modelos, respecto al germánico. Parece en esto realmente el más significativo, encontrándose en su caso así *la ciencia* entre los agentes integradores del sistema constitucional. Para el mismo capítulo de la historia del derecho no hace falta precisamente ilustrarlo. Y no es un rasgo exclusivo. Donde el revés se produce toca un papel constitucional a dicha historia. Tampoco era preciso que tuviera un desarrollo científico para satisfacer la función.

No es sólo ni principalmente que el constitucionalismo pudiera pasar a responder a unos planteamientos historicistas que sustrajesen a acción constituyente algunas instituciones políticas, comenzándose por Monarquías. Es algo de mayor alcance, superior envergadura y más profundo calado. No tiene, además, que ver tanto con un poder social como con un derecho individual. El primer problema constitucional no era de determinación constituyente, sino de declaración jurídica. Aquí entra la historia, la historia exactamente del Derecho, romanista o germanista que sea, italiana o española. Lo decisivo ya es la definición más primaria del objeto: *el derecho* en singular, objetivo; incluso resulta ulterior que su sujeto sea colectivo, nacional o más bien estatal, la *historia del derecho español* sin ir más lejos y en suma. Bastaba con aquello. Lo demás venía por añadidura.

Una presunta ciencia de cultivo y adoctrinamiento fundamentalmente universitarios, esta especie de inculturación, ya adopta un principio histórico distinto al constitucional genuino. Un sistema así no se funda en la libertad individual y en la correspondiente determinación social, sino en unas presunciones de conocimiento y dominio. Esto inspira y rige unos estudios y unas profesiones. Si hay licenciatura, permea asignaturas, no reduciéndose a la histórica. Y ésta tampoco se recluye ordinariamente en su curso. Una historia del derecho que puede así saltar limpiamente por encima de la misma historia propia, sintomáticamente informa toda una habilitación teórica y práctica. De diverso modo, el fenómeno se ha producido en todos los casos. Caracteriza incluso más consustancialmente al británico y por su trámite, además, aunque en bastante menor medida, al norteamericano. Pero tampoco hay proporción directa entre grado de desviación constitucional y presencia de disciplina histórica.

Su valor también pudo diversificarse. No jugaba la historia en un único sentido. La concepción imperativa de un *derecho* objetivo también salvaguardaba de la eventualidad nada imaginaria de ejercicio *absolutista* del propio poder constituyente. Esta era también la experiencia que se había tenido con una Revolución como la francesa. En todo caso, como ya supo proponer Savigny,

se trataba de garantizar la supremacía de una ciencia del derecho con un componente histórico esencial para el propio efecto. Desde estos tempranos momentos había posiciones constitucionales que no implicaban reconocimiento y prevalencia del derecho individual, sino imposición y arbitrio, en medida variable, de poder y de cultura. El panorama es desde un comienzo complejo, pero aquí nos basta con la evidencia de que la historia del Derecho se incubó y fraguó como una pieza del constitucionalismo más estable que no partía con suficiencia ni se fundamentaba con consecuencia en el derecho del individuo.

Puede levantarse la hipoteca precisamente cuando llega la recuperación constitucional del derecho individual. Estamos en ello. El curso de Allegretti lo atestigua. No trata este problema de la historia del derecho, pero ofrece el ejemplo de una posibilidad distinta. Viene de un profesor de derecho administrativo que antes lo fuera de constitucional, pero, como puede haberse apreciado por las referencias monográficas, nuestra especialidad no es ajena al empeño. Son historiadores del derecho profesionales buena parte de los autores mencionados. Hacíamos también mérito del volumen más reciente dirigido por Schiavone; él es sabidamente romanista, y en la empresa participan, además de Fioravanti, el citado Costa, Mario Sbriccoli, Cesare Salvi y Luisa Mangoni, historiadora ésta, civilista el anterior e historiadores del derecho los otros.

Adviértase bien. Hemos pasado de la historia tradicional del derecho, que era un elemento de nuestro revés jurídico, a otro tipo de historiografía que se dirige en cambio al desvelamiento del objeto, y algo en este tránsito no ha cambiado; hemos efectuado tal salto y hay una posición que se mantiene. Estamos ante dos posiciones tan sustantivamente distintas como facultativamente iguales. Es la misma historia que se dice del derecho por razón no sólo pasiva de materia, sino también activa de profesión. Es oficio en sustancia de juristas. Durante el período anterior se ha incubado una complicidad que podía parecer propia de aquella finalidad de revés, pero que ahora, recuperándose el derecho, resulta que no se pierde. ¿Es un inconveniente y un lastre o es una necesidad y una ayuda?

El propio Allegretti puede que nos oriente algo más todavía. En su prefacio reconoce, entre otras, la ayuda «del grupo de historiadores del derecho reunidos alrededor del Paolo Grossi, especialmente Pietro Costa y Maurizio Fioravanti, Luca Mannori y Bernardo Sordi». Está haciendo alusión al *Centro di Studi per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* de la Universidad de Florencia, al que buena parte de lo ya citado se debe y del que el mismo Allegretti forma actualmente parte, pues pertenece al consejo de redacción de los *Quaderni Fiorentini*, su revista. Este

círculo italiano tal vez sea otra clase de modelo, el que nos enseñe e illustre dicha posición actual, vieja y nueva a un mismo tiempo, de la historia del derecho. Puede que, efectivamente, deba cambiar y mantenerse, pasar a ser otra cosa enteramente distinta y conservar su puesto en unas facultades jurídicas. No es fraude ni engaño. Compruébese como digo por la enseñanza que transmite y la ilustración que ofrece dicho centro. Conózcase por los frutos. Repásese un catálogo. Obsérvese una trayectoria. Mírense unos resultados.

Repásese el catálogo. En este año de 1990, aparte los volúmenes que han tenido la deferencia de dedicarnos y encomendarnos a los españoles y portugueses (*Hispania. Entre derechos propios y derechos nacionales*), además del número aún también inédito de los *Quaderni Fiorentini*, se han realizado publicaciones de interés constitucional vario y colaboración jurídica variada: Paolo VARILE, ed., *Piero Calamandrei. Veintidue saggi su un grande maestro*; Mario GALIZIA y P. GROSSI, eds., *Il pensiero giuridico di Costantino Mortati*, y se prepara un volumen sobre François Gény. Si por títulos se malicia que estamos ante libros conmemorativos y escritos hagiográficos, si por personajes se piensa que el asunto es de derecho y no siempre también de historia, no tengo mejor respuesta que recomendar la lectura. Y que se siga con el repaso.

El año 1989 aparecieron, al cuidado de Enzo PESCIARELLI y traducción de Vittoria ZOMPANTI ORIANI, las *Lezioni di Glasgow* sobre materia jurídica de Adam Smith, y a cargo de Lorenzo GAETA y Gaetano VARDARO los escritos de Thilo RAMM *Per una storia della costituzione del lavoro tedesca*; en 1988, *La culture des revues juridiques françaises*, bajo la dirección de André-Jean ARNAUD, «*La scienza del diritto privato*». Una revista-progetto nella firenze di fine secolo, del propio GROSSI, y las actas de un encuentro del año anterior sobre *La storiografia giuridica scandinava*. No faltan además a su cita los *Quaderni Fiorentini* de periodicidad anual. De algunas de estas publicaciones ya he hecho en este ANUARIO mérito más particularizado.

En 1987 se habían dedicado monográficamente los *Quaderni* a dicho capítulo básico de las revistas jurídicas; un volumen introductorio se había publicado en 1984: *La «cultura» delle riviste giuridiche italiana*, y es un programa que tiene anunciada prosecución. La primera carta circular promoviéndolo, suscrita por Grossi en la primavera de 1982, expresaba un fin último, el propio del centro: dilucidar y dirimir «la incardinación del historiador del derecho en la *scientia iuris*». Pero siga el lector el repaso por su cuenta, que estas actividades *per la storia del pensiero giuridico moderno* comenzaron en 1972. Cada volumen lleva catálogo de la *Biblioteca* en progreso; el número de 1981

de los *Quaderni* contiene índice del primer decenio; el cercano de 1991 traerá seguramente del segundo. La editorial es siempre Giuffrè.

Y obsérvense unas trayectorias, no sólo la colectiva, sino también las individuales, la evolución de Grossi y de Costa hasta la historia contemporánea, la especialización desde un primer momento en ella de Fioravanti, de Sordi y de Mannori, por sólo referirme expresamente a quienes Allegretti reconoce en este círculo. En otro, el capítulo de *Storia del diritto italiano*, debido a Ennio CORTESE, de unas jornadas de 1981 sobre los precedentes *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia* (Giuffrè, 1982, pp. 785-858), reflejaba la gestación del giro; añádase Adriano CAVANNA, *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana* (Giuffrè, 1983); y no se olvide la colección *Storia e Diritto* (Jovene, desde 1976), dirigida por Raffaele AJELLO, Vincenzo PIANO MORTARI y el mismo Cortese. Una historia del derecho de formación anticuaria y vocación medievalista da pasos progresivos en dirección hacia el presente porque habrá razones sustantivas para ello.

Mírense, en fin, resultados. Puede que el trabajo que realiza y promueve el *Centro per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno* presente y constituya el signo principal de la posibilidad de un cambio de paradigma en la historia situada dentro de los terrenos del derecho; puede ser la prueba de que esto no es sólo imaginable y concebible, sino también hacedero y plausible. Para los propios estudios jurídicos, ni antes ha sido esta historia un adorno ni ahora tiene por qué resultar un estorbo. Porque le haya correspondido un papel de perversión en unas primeras épocas constitucionales no tiene que verse ahora condenada. La condena tendría entonces que extenderse a toda una ciencia jurídica. Con ésta puede salvarse como con ella ha andado perdida. Es encuentro que patrocina y es salvación que busca este centro florentino. Es nuestro panorama.

No es un círculo cerrado éste que abre camino. Tenemos los no italianos participación visible, porque el objeto es común, no un derecho nacional, sino la cultura que compartimos. En nuestro contexto disciplinar esto ya tiene su significación inmediata. Supone una invitación efectiva a la superación práctica del constitucionalismo *absolutista*. El propio Allegretti ofrece sobre ello páginas sentidas, mostrando el rostro *ajurídico* del Estado hacia el exterior como secuela de su misma identificación con *el derecho*; la guerra ha sido también un efecto estrictamente constitucional (pp. 115-130); menos incide luego sobre el trance actual de superación del nacionalismo. Y hay más en éste: es también interiormente dispositivo de sustracción del derecho al individuo, de su cancelación como sujeto. Era el caldo de cultivo de la historia

del derecho. El centro de Florencia sencillamente lo ignora. Contribuye con esto a una paz que interesa a naciones e importa a individuos.

Pero porque la empresa no sea de *derecho italiano*, tampoco lo es de construcción europea. En esto puede distinguirse de otras iniciativas recientes, fundamentalmente alemanas, de revitalización de la historia del Derecho (Manlio BELLOMO, *L'Europa del Diritto Comune*, Galileo, 1988). Puede que reproduzcan el problema principal que la especialidad arrastra, el cual antes que de identificación nacionalista del sujeto era de concepción objetiva de la materia. Una *historia del derecho europeo* puede estar recayendo en la misma presunción y servidumbre de las historias de derecho estatales. Europa, como cualquier comunidad política, mejor se construye mediante el reconocimiento, la promoción y la garantía del derecho de sus individuos que por la figuración directa de un bagaje heredado, lo cual además dificulta la integración y el respeto de inmigrantes de otras culturas. Puede contribuir a lo primero nuestro *Centro di Studi* porque no busca lo segundo. No constituye una falta.

Hay razones para guardarse distancias. Tampoco se participa en el jubileo de la Revolución francesa. En 1989 se han hecho, como se ha visto, otras cosas. Obsérvese el desahogo de la presentación, debida como siempre a Grossi, del *Quaderno* de este año: «No viene a sumarse al coro de tantos, demasiados, como silvan *la Marseillaise* con una alegre insistencia que resulta insostenible para cualquier oído no hecho a tópicos, y cabe agregar que una tal sinfonía, con la voz de una *gauche* tradicional y en particular la italiana sonando tan desafinada que ya roza el ridículo, acaba consiguiendo, no la persuasión, sino el reforzamiento de la propia convicción.» ¿Cómo podría participarse en una celebración de este estilo? No se exagera mucho. Tal ha sido. Me parece que es otra forma de señalar lo que he querido indicar desde un principio.

No es sólo cuestión de estética. Lo es de ética y así de derecho. Y no es el problema de si puede éste, *el derecho*, celebrar *la revolución*. La pregunta es otra, más concreta y no más simple: ¿Celebra aquélla, precisamente aquélla, que lo ha cancelado y cuya misma celebración, exactamente su conmemoración, puede venir a sellar la cancelación? De aquí proviene una sorpresa; de ahí, una toma de posición. No es el caso de otros rechazos más sonados de la memoria revolucionaria con ocasión de su bicentenario (Pierre CHAUNU, *Le grand déclassément. A propos d'une commémoration*, Laffont, 1989). Y además de convicción se necesita coraje para ponerse así a contracorriente de una historia del derecho que, como sirve para unas celebraciones nacionales, entrando las revolucionarias, se muestra perfectamente disponible

para otras diversiones análogas, de fiestas locales a exposiciones universales. Se necesita saber lo que se hace y apreciarlo. Se precisa entender y valorar el propio trabajo.

Los silencios no suelen explicarse de una forma tan franca, pero la discreción no siempre rinde. Alguna reflexión a estas alturas cabe echar de menos. La historia del derecho no resulta mínimamente inocente. Esta dirección no es en absoluto inconsciente. Que no sea responsabilidad lo que al final nos falte. Conviene rendir cuentas. A medias se echan. Y se corre un riesgo. El cambio de paradigma podría efectuarse en falso y quedar en amago. No sería el primer simulacro. Puede estarse generando una nueva historia que coexiste con la vieja, con su morbo y su virulencia. Y no hay garantías frente al contagio entre los órganos de un mismo cuerpo. Porque se distinga una corriente no dejamos de formar una especie de corporación los historiadores del derecho.

Véanse unos planes de estudio. Contémplese aquel mercado de las revistas jurídicas. Mírense los anaqueles de unas bibliotecas. Repásense los catálogos de unas librerías. Obsérvese una cultura. Sigue, por lo general, activa una disciplina histórica constitucionalmente degradante. Esto es síntoma de que los propios historiadores del derecho, que formamos, en efecto, colectivo para el grueso del sistema universitario europeo, no acabamos de encarnarnos con el pasado propio y con el presente común. Y para la novación que se plantea no tiene por qué ser cuestión de beligerancia, sino de inteligencia. Tenemos ante nosotros una labor ineludible y en su mayor parte pendiente de historia constitucional de la historiografía jurídica o de la historiografía también sin más. Con todas las sesiones precisas convendría someterse de una vez a este análisis. Y no hay más psiquiatra que el paciente mismo.

El objetivo sigue siendo el de *la incardinación de la historia del derecho en una prudencia jurídica*. Es éste el horizonte. Son éstos los términos en los que habrá de plantearse la cura de una profesión. Así también con sinceridad lo creo. Su futuro sigue siendo jurídico. No nació como especialidad distinta ni tiene sentido que se reduzca a historia. Esta comparte responsabilidades y está más lejos de reconocerlas. Vive en la ilusión de haber sido y ser ciencia. Comprometida con el mismo derecho, que hoy recupera base, la historia jurídica tiene ante sí unas posibilidades que ni por asomo se le ofrecen en otros campos. Por lo demás, en trance de superación unos constitucionalismos lastrados, ¿puede socialmente resultar indiferente la suerte de la *ciencia histórica*, en la que mal cabe la historia del derecho, mientras que habrá de ser vital la evolución de la *prudencia jurídica*, en la que tiene esta historia cabida.

Cada vez soy más escéptico respecto a la historia, a las posibilidades de una ciencia, de un conocimiento histórico, y menos respecto al derecho, a las posibilidades de una razón, de un entendimiento jurídico. Creo que el pasado anterior al momento en el que entra en escena el individuo es llanamente incognoscible; nos falta la experiencia de otros sujetos sociales, y esto no puede suplirse con la observación de otras sociedades presentes. No hay antropología que valga; no hay historia integral posible, *general*, *total* o *social* que se le llame. Cabe una historia de objetos determinados que sirva al esclarecimiento de su entidad para nuestro presente. La investigación histórico-jurídica planteada como comprensión del pasado sin relación con nosotros sigue sin tener sentido. No es que así se predique la desvirtuación pragmática de las ciencias; es que la *ciencia* histórica no existe sino como función igualmente constitucional o política, más solapada en su caso todavía.

La alternativa historiográfica puede que en efecto ni siquiera exista. Tal vez sea un espejismo que especialmente deslumbra en los momentos de incertidumbre y desconcierto. La misma historiografía general no resulta ajena a las funciones constitucionales de la especialidad jurídica. Por ellas también ha nacido y con ellas se ha desarrollado y crecido. No ha hecho falta que la historia sea estrictamente del derecho para que satisfaga el papel. Nuestro caso no deja de ser a su modo ilustrativo. Una *historia del derecho español* no nació en el siglo XIX como especialidad historiográfica, pero como tal maduró entrado el XX. Ya venía satisfaciendo anteriormente sus funciones jurídicas, igual que podía cumplirlas la simple historiografía. Una *historia de España* de prospección constitucional y un *derecho español* de proyección pretérita eran ya elementos de un sistema.

Una *historia del derecho* no había sido aquí preciso ni que fuese una disciplina propiamente identificada, durante buena parte del siglo XIX, ni que mereciese reconocimiento especialmente científico a todo lo largo del mismo. Esto último ciertamente sólo viene con la fundación del *Centro de Estudios Históricos*, que no lo era desde luego de *Estudios Constitucionales*. Allí, y no aquí, se gesta esta historia; allí se fundó este ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL. Era una historia del Derecho de matriz y de carácter historiográficos. En esto la razón le corresponde a Mariano Peset frente a Alfonso García Gallo; esto carga de razón a Tomás y Valiente. Pero la razón no creo que la dé nada de esto. No pienso que esto abone la concepción como ciencia histórica y no jurídica de una historia del Derecho. Ni siquiera creo que con esto se abriera una posibilidad que luego se pudiera cegar y más tarde recobrase. Dinastía histórica con interregno jurídico,

no me parece que ésta sea la historia metodológica de nuestra historia del derecho.

Todo un debate, con todo cuanto hemos concluido todos los participantes, me parece que está trucado (suelen ofrecer noticia los *Manuales*, con su tendencia a creer que lo que interesa metodológicamente al especialista ha de importar escolásticamente al alumno). En el *Curso de Historia del Derecho* de José Antonio ESCUDERO me veo ahora alineado con la *ciencia jurídica* de García Gallo. Lo que importa es el asunto. Para éste de identidad o naturaleza no es sólo que no haya quedado situada una materia en un campo, el historiográfico, es que, además, ni siquiera se han definido unas alternativas, la histórica *versus* la jurídica. El *Centro de Estudios Históricos* y el ANUARIO DE HISTORIA DEL DERECHO ESPAÑOL, por muy históricos que los unos realmente fueran y por mucha historia que el otro así aportara, no dejaban de ser piezas culturales de un proyecto constitucional. La historiografía no era ajena ni escapaba a esta función jurídica.

La mejor ilustración la ofrecen los mejores. Repátese la obra personal de Sánchez Albornoz, tan coherente y tan tenaz, para hacerse la comprobación. No puede decirse que no sea transparente. Otros son más opacos, pero la empresa es ésta, historiográfica desde luego, con la historiografía como medio. *Español* calificaba a *derecho*, no a *anuario*. ¿A quién le interesaba realmente el conocimiento de un pasado que empezaba por no responder a una tal calificación de entrada? ¿A qué podía de verdad importar un tiempo no actual? Que algunos ya se llamasen también a engaño no prueba nada. La historia era un dispositivo objetivo y estructuralmente constitucional, no sólo eventual y coyunturalmente político. Lo primero no necesita precisamente de la conciencia del historiador.

¿Y no es hoy *la historia* una ciencia acabada? Ha satisfecho su función, no precisamente científica. Desde que la inculturación que le ha tocado hace quiebra, la misma historia anda nerviosa y desconcertada. Profesión suficiente, moda literaria, ficción consciente, negocio editorial, pasatiempo inocente, prédica inane, asignatura pendiente, comparsa festiva o cultura indiferente, salidas por fortuna encuentra. Es el mismo porvenir de inutilidad que le espera a una historiografía institucional desentendida del derecho. En el mejor de los supuestos, ¿qué es hoy la historia sino el modo de vivir de los historiadores? En el peor, cabe que siga siendo una disciplina peligrosa. Con la pretensión de conocimiento científico de la evolución de la humanidad, el más ingenuo de los historiadores puede aún resultar el más culpable de los profetas. Con el reconocimiento constitucional debido de libertad individual y consiguiente autonomía social, el caso del jurista ya puede ser otro.

¿Y cuál es el futuro en el terreno jurídico? ¿Lo hay para la historia del derecho? Tampoco parece tan favorable el panorama. Entre comprobación de cargas y satisfacción de créditos, liquidación de quiebras y renovación de planes, si esta historia no perece, podrá enquistarse en un medio que, si la aprecia, es porque la ignora, y si la desprecia, porque la conoce. Y el complejo es igual que la fuga: no resuelve gran cosa. Como la trinchera es trampa, en ella nos hemos visto colocados. Ha sido una opción relativamente colectiva de la *historia del derecho español* bajo la inspiración de García Gallo: identificarse como *ciencia jurídica* con el efecto de alinearse junto a las disciplinas no positivas de los estudios jurídicos, particularmente el *derecho romano*, que siendo historia mantiene no sólo una denominación, sino también un empecinamiento de ser y constituir *derecho*.

Es algo que se ha reflejado de modo tangible y forma sobrada en este mismo ANUARIO a todo lo largo del período más *absolutista*, durante el cual tampoco puede decirse que la historia jurídica se haya sustraído a las funciones constitucionales propias de la historiografía. Era más que política. Es uno de los mecanismos de cancelación del derecho. En la misma perspectiva todavía se sitúa la retrospectiva del propio García Gallo en el número bis *Historia del Anuario e Indices*, de 1982. Peset ha insistido suficientemente en la constatación del sesgo. Tomás y Valiente vuelve a revisar esta historia en los volúmenes aludidos sobre *Hispania* del Centro de Florencia. No hace falta que abundemos.

Hacer causa común con *derechos* romano o natural, filosofías o políticas, teorías o cánones, ¿no es perder la posición propia? Es el quiste. Pero puede haber cura. Desde que se produce la recuperación de un constitucionalismo no *absolutista*, fundado en el reconocimiento de derecho del individuo y autonomía de la sociedad, el estudio de la licenciatura debe ser positivo, con una positividad ahora en la que una determinada historia, *constitucional* o del derecho, halla entrada, igual que una determinada filosofía, *jurídica* o de los derechos. Y no tiene por qué ser una historia primordialmente de instituciones políticas ni exclusivamente de edad contemporánea. Ha de situarnos y comprendernos, no desplazarlos y enajenarlos, como tampoco reconocernos y ensimismarnos.

No es historia contemporánea ni institucional en exclusiva. Lo que haya de importar a la encrucijada actual, lo que pueda interesar al sistema de constitución, como va lejos, viene de lejos. Hay toda una larga *historia constitucional*, historia de existencia y composición de derechos sectoriales que han podido concretarse en privilegios de casta o en intereses de grupos como luego en libertades del individuo. Aunque sólo fuera por contraste como antes dije, media algo entre todo ello. La historia constitucional

más estricta es la de derecho individual, con el ordenamiento ya derivado aunque no por ello consecuente, pero toda la anterior puede servir para situarla y comprenderla: para situarla en su misma extrañeza y comprenderla en toda su capacidad. Lo primero nos liberará de presunciones culturales frente a otras sociedades; lo segundo nos ayudará a gobernar unas transformaciones que pueden igualmente alcanzar a otras culturas. Nunca se olvide que estamos manejando *the cause of all Mankind*, jugándonos *la destinée du monde*.

Para nuestro mismo tracto, ya se ve que es una historia nada corta ni estrecha: de campo antiguo de juego, formación medieval de reglamento, desarrollo moderno de interpretaciones y revolución contemporánea de todo ello. Aquí comienza un derecho y prosigue una historia. Hasta el *derecho romano*, como cultura que no se agota en la antigüedad, como tradición que se transforma con funciones constitucionales en el siglo XIX, tiene su entrada; unos *derechos romanos*, como puntualizaría justamente Orestano, son historia nada secundaria del derecho. Su escisión sigue siendo uno de los principales signos de que las cosas no acaban ni siquiera interiormente de acomodarse. Pero tampoco puede decirse que unos horizontes no estén a la vista. Hoy hay varias historias del derecho difícilmente homologables.

En el *Centro de Estudios Constitucionales*, y no en uno de *Estudios Históricos*, puede estarse insinuando una de ellas. *El estado de sitio*, de CRUZ, del área de derecho constitucional, se publicó por dicho Centro en 1980. Y también ya presenta publicaciones procedentes de nuestra zona, la de historia del derecho: Marta LORENTE, *Las infracciones de la Constitución de 1812. Un mecanismo de defensa de la Constitución* (CEC, 1988). Bajo la dirección de Tomás y Valiente se puso además en marcha por el Centro, desde 1981, una colección de *Clásicos del Constitucionalismo Español*, que luego ha venido ampliando su radio, modificando más de una vez la denominación. Ahora, en 1990, se inaugura otra de *Historia de la Sociedad Política* como historia constitucional en un sentido muy dilatado. Pues se me ha confiado la dirección, no me extenderé sobre el proyecto. Por sus frutos habrá de conocersele.

Y a unos mismos efectos también puede señalarse que aquí tampoco dejamos de derivar hacia la edad contemporánea: M. PESET, *Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra* (EDR, 1982); Carlos PETIT, ed., *Derecho privado y revolución burguesa* (MP, 1990), donde pueden además observarse otras presencias, particularmente las más cercanas de Antonio Hespanha, Johnnes-Michael Scholz e incluso, con toda su carga de escepticismo. Aquilino Iglesias, el historiador del derecho que más resueltamente hoy niega entre nosotros la misma posibilidad

de una historia constitucional, guardando además consecuencia, como puede ahora apreciarse en *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*, su manual. El volumen de Peset, a su vez, muestra una relación; la elaboración arranca de nuestra participación, suya y mía, en los *Quaderni Fiorentini* de 1976-1977, monográficamente dedicados a los *Itinerari moderni della proprietà*. No es que seamos autónomos.

La derivación contemporánea, como movimiento más consciente, puede aquí datarse de 1979, del *Manual de Historia del Derecho Español*, de TOMÁS Y VALIENTE, con su sección sobre «El sistema normativo del Estado liberal» como parte de entidad y sustancia dentro del curso; oraciones u escritos ulteriores propios los ha reunido ahora: *Códigos y Constituciones, 1808-1978* (Alianza, 1989). El número anterior de este ANUARIO, el de 1989, con los trabajos especialmente de Alicia FIESTAS y Clara ALVAREZ, es otro testimonio. Y el giro no está teniendo que ser brusco; escritos como los de Tomás y Valiente sobre desamortización y los de Peset acerca de universidades abrían camino; tampoco hay que olvidar el libro de FIESTAS, *Los delitos políticos, 1808-1936*, que es de 1977. Una gestación colectiva también hemos tenido. Tampoco es que estemos improvisando.

El curso había de dirigirse a la formación de juristas. Es un requerimiento universitario. La *historia del derecho* no cambiaba de sitio. Como profesores, ordinariamente nos encontramos en facultades jurídicas; como investigadores, es este ANUARIO DE HISTORIA nuestro lugar de encuentro. Entre una cosa y la otra irremisiblemente nos hallamos. Pero lo mismo que hay *historias*, hay *derechos*, quiero decir que hay formas muy distintas, dentro del propio constitucionalismo, de concebirse y comunicarse, presentarse y reproducirse, el propio objeto jurídico. ¿Dónde quedamos? ¿Qué papel realmente jugamos y para qué efectivamente contamos? ¿Cómo nos situamos? ¿Qué derecho miramos? ¿Qué historia ofrecemos? ¿Cuál es la que hoy se encuentra en dificultades dentro de un medio que, más o menos *absolutista*, más o menos también *individualista*, no puede dejar de ser ya constitucional?

Las cosas son siempre complejas. La misma oposición de unas asignaturas positivas no es de motivación inequívoca y sentido unívoco. ¿De qué historia se trata? ¿Qué historia se repudia? ¿Quiere acabarse con la que era parte del revés constitucional? ¿Se teme la que pueda situar y comprender, asistir y superar? No hay que descartar que unas especialidades jurídicas pretendan seguir enrocándose en el positivismo *absolutista*, lastrando todavía, pero me temo que la oposición ahora sufrida responde, de modo más o menos inconsciente, al motivo primero, al mismo motivo que justifica el repudio de unos derechos natural y canó-

nico de fondo confesional, esto es, de una noción imperativamente objetiva de la materia. Ante la otra tesitura, sería además demasiada presunción pensar que la historia vaya a corregir por sí sola al derecho. Si no partimos de todo esto, la defensa pecará de la misma inconsciencia que el ataque. Es la experiencia repetida de unos debates que serían ociosos si no se redujesen al mantenimiento de unas posiciones académicas.

Vuelvo a decirlo como lo pienso, *la historia del derecho* podrá cultivar y granjearse amistades, pero no tiene futuro propio con compañías no jurídicas; su lugar está con *el derecho positivo* precisamente ahora, porque ya ha dejado constitucionalmente de serlo. Puede que esta historia se precise para que el mismo principio constitucional, la misma primacía de un derecho individual que no puede ni debe encerrarse en la norma positiva, también constitutivamente lo sea. Con esto tenemos que la propia asignación de sede se plantea y resuelve no por razones científicas, sino por las jurídicas. Lo que he dicho de una *historia general*, lo pienso de una *ciencia social*; no la hay integral; no cabe una ciencia que comprenda y ubique a las ciencias plurales de la sociedad, que las reduzca y unifique. Ha sido éste un importante dispositivo *absolutista*, uno de los principales reflejos totalitarios de nuestra cultura constitucional. El lugar de la historia del derecho lo determina no una especie superior de ciencia social, sino la prudencia jurídica.

O tal vez lo siga haciendo una imprudencia. Una historia del derecho como disciplina de planta tradicional y ubicación jurídica podrá seguir siendo, si se lo permiten, factor de degradación del sistema constitucional o habrá de resignarse, si le dejan, a reliquia inocente y curiosidad superflua. No ofrece salida una *historia de las instituciones*; es nombre que nació y se ha afianzado como medio de transporte al campo extravagante de la historiografía. Pero cabe la alternativa: hacerse *historia constitucional*, es decir, *historia del derecho*. Sigue siendo preferible esta denominación por cuanto que limita bastante menos tanto el tiempo como la materia en beneficio de la propia comprensión de los ordenamientos constitucionales. Y apellido basta con uno. Si se sigue utilizando el segundo, sea *español*, sea *italiano*, no se sale del dilema: o se reduce definitivamente esta historia a la época contemporánea, resultando igual a la constitucional en el sentido cronológicamente restringido porque otros *derechos nacionales* no existen, o vuelve por esta vía a ser lo dicho, malformación o desecho. Seguir debatiendo opciones, ¿no es toda una imprudencia?

No es cosa de ofenderse, sino de celebrarse. Debería haber celebraciones también de futuro, como de un embarazo. La criatura está a la luz; es hora de cortar un cordón umbilical que no da respiro y ahoga. Se puede soltar amarras y debe perderse

lastre. Que la historia del derecho sea *historia del derecho*. Parece que ahora se encuentra ante la oportunidad de convertirse en lo que dice ser y no ha sido, haciéndose por fin acreedora a su identidad íntegra, tanto al apellido como al nombre. Ojalá no vuelva a malograrse. Será una buena nueva para todos, también para los profanos. Si el estudio histórico deja de enrevesarse es porque el orden constitucional habrá comenzado a enderezarse. Derechos ambos, estará de enhorabuena quien más ha padecido los reveses, el individuo raso.

BARTOLOMÉ CLAVERO

14 de julio de 1990