

LA CODIFICACIÓN Y EL CONSTITUCIONALISMO ENTRE LA GEOMETRÍA LEGAL Y LA NATURALEZA DE LAS COSAS

POR

MIGUEL AYUSO

1. El profesor Danilo Castellano, director del seminario en el que se desarrolló la ponencia de que traen causa estas páginas, ha marcado con toda precisión el terreno en que deseaba laborásemos los intervinientes. En tal sentido, su breve pero sustanciosa presentación del seminario nos permite ahorrar muchas páginas introductorias. Las cinco cuestiones por él levantadas no sólo brotan de un mismo planteamiento teórico sino que, de algún modo, presentan también conexiones recíprocas múltiples. Por lo mismo, no he pretendido dar respuesta a todas de modo separado, sino que me he contentado, más modestamente, con sugerir algunas reflexiones —que permitirían además mayor desarrollo, aquí simplemente apuntado— que tocan el corazón de las cuestiones planteadas y se refieren más especialmente a algunas de ellas.

2. En efecto, a partir de ciertos rastros presentes en los ordenamientos jurídicos hodiernos, y en puridad en los de todo tiempo, es posible concluir el fracaso de la que el profesor Francesco Gentile desde hace años viene llamando la "geometría legal" (1) respecto de su pretensión de constituir sistemas "autoreferenciales", herméticamente cerrados al "derecho natural".

(1) Cfr. FRANCESCO GENTILE, *Intelligenza politica e raglon di Stato*, Milán, 1983.

En un reciente volumen, a propósito precisamente de situar el ordenamiento jurídico entre la "virtualidad" y la "realidad", esto es, en el desarrollo temático de una cuestión central a los efectos de este seminario, ha observado que "el ordenamiento jurídico, construido según los cánones de la geometría legal como conjunto ordenado de normas, no es un sistema de *Soll-normen*, es decir de leyes asumidas como expresión de una voluntad soberana, que por definición es gratuita, incondicionada y, por lo tanto, extraña a cualquier idea de orden, sino más bien es un sistema de *Soll-sätze*, es decir de representaciones convencionales de normas, elaboradas por la ciencia jurídica sobre la base del presupuesto de la norma fundamental. ¡Gracias a la *Grundnorm*! Lo que significa que el ordenamiento jurídico no es real sino puramente virtual. No corresponde a algo substancial, sino que viene a ser más bien una construcción artificial" (2).

No le pasa inadvertido a Gentile el reconocimiento de su observación anterior por los propios cultores del geometrismo. Así, por ejemplo, cita un párrafo bien significativo de Di Robilant: "El hecho de que las teorías del ordenamiento estén formuladas con el lenguaje de la experiencia común ha inducido a sus autores a creer que han desarrollado un discurso descriptivo de la realidad; en otras palabras, que han indicado cómo son efectivamente las cosas. En realidad, a la luz de una meta-ciencia, liberada del obsequio a posiciones transmitidas ya sólo por tradición, la teoría del ordenamiento constituye un intento de ordenar fenómenos de la realidad observados (podríamos decir con Popper) con ojos impregnados de teoría: es decir un intento de ordenar los fenómenos *como si* constituyeran un ordenamiento" (3). Lo que lleva a Gentile a comentar así estas afirmaciones tan elocuentes como comprometidas: "Si tratamos de averiguar el significado propio de la expresión «meta-ciencia», que podría significar una ciencia de las ciencias, que se coloca aún en el ámbito del saber convencional y operativo de las geometrías, pero que

(2) *Id.*, *Ordinamento giuridico tra virtualità e realtà*. Padua, 2000, págs. 8-9.

(3) Cfr. ENRICO DI ROBILANT, "Intervento", en *Atti del 10. Congresso nazionale della Società Italiana di Filosofia giuridica e politica*, Milán, 1976, págs. 94-7.

también podría indicar una forma diferente del saber, no-hipotético y substancial, relativo a la estructura y a las funciones de la misma geometría, poniendo así filosóficamente el problema de su valoración crítica. Pero limitémonos a comprobar que de esta manera se evidencia nítidamente el carácter artificial y abstracto de la geometría legal y su producto, el ordenamiento jurídico como sistema ordenado de normas, su falta de correspondencia con un orden real, su convencionalidad, siendo el resultado de una sistematización puramente hipotético-deductiva. Como si fuese un orden..." (4).

De donde todavía se desprende una importante cuestión respecto de las relaciones entre el ordenamiento jurídico virtual, creado por el científico del derecho sobre la base de la norma fundamental, y lo que Di Robilant llama "el conjunto de fenómenos de la realidad", con expresión ambigua y sin embargo significativa, pues puede referirse bien el conjunto de los mandatos desordenados que proceden de la voluntad incondicionada del soberano, bien el conjunto de los comportamientos personales que se cruzan por entre la intrincada red de relaciones que existen entre quienes conviven en una comunidad: "Ahora bien, hay que aclarar esta ambigüedad porque, con el carácter meramente operativo de la relación entre el ordenamiento jurídico virtual y el «conjunto de los fenómenos de la realidad», una cosa es sostener que el ordenamiento virtual sea funcional al conjunto de los mandatos del soberano, considerados como si constituyeran un conjunto ordenado, y, por lo tanto, que éste sea instrumental al sometimiento de los súbditos al poder del soberano, y otra afirmar, en cambio, que el ordenamiento jurídico virtual resulte funcional a la organización de los comportamientos individuales y, específicamente, a la superación de su tumultuoso enlace, siendo su fin el de establecer un orden justo entre los sujetos que conviven en la comunidad política, un orden para ellos conveniente, un orden adecuado a su naturaleza humana. Una cosa es, en resumidas cuentas, considerar el ordenamiento jurídico como instrumento de *control social*, y otra es considerarlo como modalidad de

(4) FRANCESCO GENTILE, *op. ult. cit.*, págs. 9-10.

comunicación civil. Esto no quiere decir que no se dé entre las dos posibilidades conexión alguna, puesto que la primera, la del ordenamiento jurídico funcional al poder del soberano, puede considerarse, como lo ha sido por las geometrías legales, una modalidad de ejecución de la segunda, la del ordenamiento jurídico funcional a la institucionalización de un orden justo entre los que componen la comunidad política. Aunque no se pueda decir inmediatamente de tal relación, ni que la agote, ni que sea cierta, puesto que no es posible sostener que el orden justo entre los que componen la comunidad política se pueda perseguir exclusivamente sin error alguno sólo mediante el ejercicio del poder por parte del más fuerte" (5).

3. Tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado podrían ponerse muchos ejemplos de cómo los ordenamientos jurídicos que hemos llamado "autofundados", "autorreferenciales", en suma, "geométricos" o "virtuales", no pueden en múltiples ocasiones prescindir de la ética o de la política, renunciando a su pretendida "pureza", como también se ven forzados a recurrir a categorías que no han creado, poniendo en entredicho por lo mismo su "clausura". Aquí, sin embargo, simplemente voy a referirme, y bien brevemente, a dos fenómenos que tienen una dimensión histórica conocida, pero que igualmente obedecen a una elección teórica, en buena parte común, tales como la codificación y el constitucionalismo (6).

4. Es sabido que la transición de la "compilación" a la "codificación", en los albores del siglo XIX, trascendió lo puramente técnico, para entrañar una diferencia que podríamos denominar "ideológica". En efecto, como es sabido, en el mundo prerrevolucionario, la ley tenía —de un lado— un puesto limitado, sin que quisiese agotar todo el derecho, por lo que —de otro— la articulación de la pluralidad normativa no se planteaba en térmi-

(5) *Id.*, *ibid.*, págs. 11-12.

(6) Cfr. BERNARDINO MONTEJANO, *Ideología, racionalismo y realidad*, Buenos Aires, 1981, págs. 151 y sigs.

nos de sistema. Mientras que el racionalismo de los codificadores había de privilegiar tanto la ley como fuente única del derecho, cuanto la necesidad de que las distintas leyes formaran un conjunto férreamente ordenado, sin fisuras (7). Otra cosa es que, tanto en Francia como en España, por ejemplo, la codificación fue realizada por juristas que conocían bien las tradiciones jurídicas respectivas, al tiempo que las instituciones civiles, por su propia naturaleza, brotan inmediatamente del medio social, a la sazón todavía cristiano, paliándose así en buena medida los efectos de la ideología racionalista (8). Igualmente, sus efectos vinieron también limitados por las resistencias políticas y por la propia naturaleza de las cosas. Pero, veámoslo un poco más detenidamente.

En efecto, en primer lugar, jamás se ha cumplido el intento de encerrar todo el derecho civil en un código. Junto al "Código" pronto aparecen las leyes especiales, llamadas así por un criterio simplemente topográfico, esto es, las leyes que están fuera de aquél. En algún sentido, y se ha subrayado muchas veces, el proceso de codificación pronto se vio acompañado por otro inverso de descodificación, hasta el punto de que, en nuestros días, se ha podido observar el predominio del segundo proceso respecto del primero (9). En España, además, ya no es que la codificación no fuera nunca "completa", pues desde el inicio el código declaró algunas leyes anteriores a él subsistentes, sino que el derecho "común" no logró siquiera eliminar el "derecho foral", que aunque denominado por sus enemigos como "especial", en realidad es un derecho "propio" del territorio de que se trate, aunque el derecho "común" —en puridad el castellano— se convierta en supletorio del mismo (10). Derechos forales de matriz consuetu-

(7) Cfr. MIGUEL AYUSO, *De la ley a la ley*, Madrid, 2001; JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de las leyes*, Madrid, 1991.

(8) Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, "Influjo de la Revolución sobre el derecho civil. Su incidencia en la codificación española", *Anuario de Derecho Civil* (Madrid), tomo XLII, fascículo II (1989), págs. 261 y sigs.

(9) Cfr. NATALINO IRTI, *L'età della decodificazione*, Milán, 1979.

(10) Cfr. JUAN ANTONIO SARDINA PÁRAMO, *El concepto de fuera. Un análisis filológico de la experiencia jurídica*, Santiago de Compostela, 1979. Puede verse un panorama sobre el foralismo español más contemporáneo en un capítulo de mi libro *Las murallas de la ciudad*, Buenos Aires, 2001.

dinaria que habían coexistido con el derecho castellano —por más que, a partir de la introducción en España de la dinastía de Borbón en los albores del siglo xviii, fuera siendo progresivamente limitado en la Corona de Aragón, y a partir del resultado de las guerras carlistas, ya en el siglo xix, en Navarra y territorios vascos—, pero que el Código civil de 1889 se vio obligado a respetar y que formalmente no sólo han subsistido, sino que incluso han conocido en los años más cercanos a nosotros una notable reviviscencia (11).

En segundo término, los ideólogos del racionalismo no se contentaron tan sólo con la elaboración de los códigos, sino que quisieron además su aplicación mecánica. De ahí la exclusión de la interpretación, so pretexto de certeza, y reforzada por la palmaria desconfianza hacia los jueces del momento. La Escuela de la exégesis se instalará así en el literalismo, que busca fundamento en un peculiar entendimiento de las conocidas palabras de Montesquieu: "El juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley". O en las inequívocas de Danton: "El juez es el siervo de la ley". Los avatares de la ciencia jurídica muestran bien a las claras el fracaso de tal literalismo y las transformaciones de la interpretación de la Escuela de la exégesis al conceptualismo, y de éste a la jurisprudencia de intereses y a la *Wertungsjurisprudenz*. En suma, la recuperación de la interpretación como descubrimiento de la finalidad de la ley y como mediación entre el hecho y el derecho (12).

Finalmente, en cuanto a las instituciones reguladas y las categorías utilizadas, no hay duda de que los códigos incorporaron

(11) La mención de la supervivencia y aun reviviscencia "formal" de los derechos forales tiene que ver con el forzoso decaimiento de los mismos, aun en su aparente apogeo, cuando decae la concepción tradicional de la vida de que dependían y cuando se extiende a los mismos —como viene ocurriendo desde la Constitución española de 1978— las propias categorías del derecho legislado de naturaleza racional que, de algún modo, venían a ser su contrafigura. Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre fuentes del derecho y método jurídico*, Madrid, 1982, págs. 556-557; MIGUEL AYUSO, *¿Después del Leviathan? Sobre el Estado y su signo*, Madrid, 1996, págs. 174 y sigs.

(12) Cfr. JUAN VALLET DE GOYTISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*, vol. II, Madrid, 1996, págs. 461 y sigs.

—con más o menos defectos, y con también evidentes fallas— la historicidad consustancial al derecho como concreción de la naturaleza de las cosas (13), de manera que la ideología racionalista no se sobrepuso hasta asfixiar la naturaleza. Baste como ejemplo que la ley del matrimonio civil de 1870, previa al Código, y expresiva de uno de los momentos de mayor significado revolucionario del siglo XIX español, combatida duramente por el pueblo español, entonces católico, no admitía el divorcio vincular, sino que partía de un matrimonio civil caracterizado, como el canónico, por las propiedades de unidad e indisolubilidad. Habrá que llegar casi hasta nuestros días para asistir a una mucho más intensa degradación de las instituciones y volatilización de las categorías ligadas a la naturaleza de las cosas.

5. El constitucionalismo, en principio, aun compartiendo con la codificación el sustrato teórico, al contraerse inicialmente al ámbito del derecho público, por fuerza debía resultar exasperadamente ideologizado y postizo. Ciertamente, ambos proceden de una triple motivación, a saber, la político-institucional, con la afirmación de la soberanía de la voluntad general, la técnica, a través de la unificación del esquema de fuentes del derecho, y —finalmente— la ideológica, por medio de la construcción de un orden nuevo (14). Tal como la segunda unifica ambos fenómenos, la primera y la tercera los diferencian no en lo que toca a su común operatividad, pero sí respecto de la intensidad de su presencia. Pues a finales del siglo XVIII la ideologización racionalista de la voluntad general había de actuar más libre por entre los poderes llamados a partir de entonces públicos, que en medio de las relaciones sociales que pasan a ser privadas.

El profesor García Pelayo ha explicado cómo la constitución que llama racional-normativa, opuesta a la histórico-tradicional, resulta de la aplicación al campo jurídico-político de las formas intelectuales de la Ilustración. Así, la idea ilustrada de razón, apli-

(13) Cfr. JOSÉ PEDRO GALVÃO DE SOUSA, *A historicidade do direito e a elaboração legislativa*, San Pablo, 1970.

(14) Cfr. ENRIQUE ZULETA, *Razón política y tradición*, Madrid, 1982.

cada al campo político, disuelve los poderes e instituciones tradicionales en un simple complejo de normas, y representa una especial concepción sobre la organización política marcada por la "creencia de estructurar toda la vida del Estado con arreglo a unas normas predeterminadas y predeterminadoras" (15). No se trata, pues, de que la constitución sea expresión de un orden, sino de que ella misma se pone como creadora de ese orden.

No obstante, en un primer momento, el constructivismo queda acantonado en la organización del Estado. Es la constitución del Estado la transformada y transformadora, con una operatividad además limitada fuertemente por la resistencia de la sociedad católica tradicional. En España, por seguir con el ejemplo, una buena parte de las constituciones decimonónicas —empezando por la Constitución de 1812, conocida como "de Cádiz" y siguiendo por las de 1845 y 1876— proclamaba la confesionalidad católica del Estado, y no como simple constatación "sociológica" —que preside en cambio otras como las de 1837 y "non nata" de 1856—, sino con signo en buena medida "teológico", hasta el punto de mantener algunas la "unidad católica" con restricción de los otros cultos. Sólo la Constitución de 1869 reduce la cuestión al presupuesto de culto y clero.

Ya se mencionó antes también lo relativo a la indisolubilidad del matrimonio en la ley del matrimonio civil de 1870, ejemplo al que podría añadirse el estudio del derecho de propiedad, que presenta el impacto burgués ciertamente, pero conserva sus perfiles tradicionales. Por lo tanto, el constitucionalismo durante largo tiempo reorganizó simplemente —en buena medida "desorganizó"— los poderes del Estado, pero sin trasladar su empeño a la entraña de la sociedad. El tránsito de una Constitución sólo del Estado a otra también de la sociedad habrá de reservarse al siglo xx, con el constitucionalismo denominado "racionalizado", donde el impacto de la ideología secularizadora se exacerbará, y donde la explosión de la religión civil de la modernidad provocará la disolución de la propia religión civil liberal-demo-

(15) MANUEL GARCÍA PELAYO, *Derecho constitucional comparado*, Madrid, 1957, págs. 34 y sigs.

crática, en una creciente afirmación de los simples apetitos individuales (16).

Con todo, en las constituciones más recientes se sigue exhibiendo la tensión entre la juridicidad natural y la politología, a saber, entre las instituciones que la experiencia jurídica muestra en su continuidad ligadas a la esencia de las cosas y el simple ejercicio arbitrario del poder, bien como voluntad del soberano, bien como simple reconocimiento de cualquier voluntad de los ciudadanos. Por eso, los tribunales constitucionales se ven obligados a rizar el rizo del argumento en las sentencias que han confirmado la constitucionalidad de la despenalización del aborto procurado —piénsese en los casos alemán, italiano y español—, y los parlamentos sufren dificultades de diverso orden para equiparar las llamadas uniones de hecho al matrimonio, máxime cuando se trata de uniones homosexuales y se reclama la adopción por ellas. La lógica de las “objeciones *de* conciencia”, que no lo son “*de la* conciencia”, en la explicación notablemente precisa de Danilo Castellano, es igualmente una magnífica ilustración concreta (17).

6. Heck distinguía entre un sistema interno y otro externo del derecho. Aquél es el propiamente jurídico y constituye un conjunto unitario, bien acotado, frente a las otras manifestaciones de la vida social. Pero su “aislamiento” —por utilizar un término aplicado a la jurisprudencia romana clásica— es siempre relativo, precisamente a causa de la existencia del sistema externo. La esfera interna, vendría a ser, así, como una célula, dotada de una membrana que, sin impermeabilizarla, la aísla en cambio del medio que la circunda: a través de ella, por ósmosis, se produce un intercambio continuo, por medio del que capta los jugos nutricios que son expresión de la vida misma. La definición de Ulpiano del saber jurídico se ajusta admirablemente a esta expli-

(16) Cfr. MIGUEL AYUSO, *El ágora y la pirámide*. Madrid, 2000, págs. 47 y sigs.

(17) Cfr. DANILO CASTELLANO, *La razionalità della politica*. Nápoles, 1993, cap. I.

cación, pues —más allá de la traducción que se limita a yuxtaponer sus términos— la *divinarum atque humanarum rerum notitiae* se halla en el exterior de la célula y constituye su sistema externo, que la membrana filtra y la célula capta, para que los jurisconsultos puedan elaborar en el sistema interno esa noticia por medio de la *iusti atque iniusti scientia* (18).

(18) Cfr. JUAN VALLET DE GOYISOLO, *Metodología de la determinación del derecho*, vol. I, Madrid, 1994, pág. 42, donde se refiere a un texto, a lo que sé inédito, del romanista Juan Miquel.