



## *Por que nos, don Alfonso, avemos poder de facer leyes*<sup>\*</sup>

Aquilino Iglesia Ferreirós  
Universitat de Barcelona

1. Aprovecho esta ocasión de compartir mi tiempo con historiadores interesados desde diversos campos en la obra alfonsina para reflexionar sobre nuestros encuentros y desencuentros.

No pretendo, indudablemente, ni renovar aquí las antiguas disquisiciones sobre ciencias nomotéticas e idiográficas ni detenerme en la presunta doble naturaleza de la historia del derecho, gráficamente representada por la imagen del dios Jano. Sólo quiero subrayar el distinto interés que impulsa a historiadores e historiadores del derecho a la hora de enfrentarse con el pasado con el fin de aclarar los presupuestos y los límites de un planteamiento general, valorado por algunos como una teoría *standard*, pero que preferiría definir

<sup>\*</sup> Recojo aquí un texto corregido y desarrollado para una mejor comprensión, dotado de sus autoridades y de sus pruebas y exento de las muestras de una gratitud que permanece.

para abrir un nuevo frente una teoría cerrada<sup>1</sup>. Dándola por conocida<sup>2</sup>, me detendré, únicamente, como colofón, a aclarar la idea que se recoge en el título.

2.- Historiadores e historiadores del derecho nos ocupamos de las cosas hechas por nuestros antepasados, pero con un alcance diferente y desde una distinta perspectiva.

El hacer del hombre puede consistir o en un fabricar una cosa o en realizar una actividad que produce determinados efectos o en realizar una actividad que se agota en sí misma, como puede ser el pensar o el desear. Relacionadas con estas actividades existen tres tipos de conocimiento que pueden reducirse a dos, según el fin de la actividad se encuentre o no en la mente del hombre. Frente a la historia se encuentra la naturaleza que lleva en sí misma el principio generador de las cosas<sup>3</sup>.

La *tékne* y la *phronesis*—el arte y la prudencia— se asemejan: son un saber con razón y universalidad, pero no necesario, pues se ocupan de “cosas” que son de una cierta manera, pero podrían serlo de otra distinta<sup>4</sup>. Se separan así de la *episteme* o ciencia en sentido estricto que es también *energeia*, pero recae sobre «lo que no puede ser de otra manera, sobre algo que necesariamente “es”»<sup>5</sup>. Aparecen así enfrentadas la historia y la naturaleza.

Los historiadores se ocupan de las cosas hechas por los hombres; los historiadores de derecho se ocupan de las hechas por el hombre «según el bien y el mal», cuyo conocimiento corresponde a la prudencia<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Vid. *infra* n. 94.

<sup>2</sup> Me limito a Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Una historia de la formación de un derecho estatal español*<sup>2</sup> (Madrid 1996) 18 ss.

<sup>3</sup> Xavier ZUBIRI, *Cinco lecciones de Filosofía* (Madrid 1963) 20. Este autor menciona los dos primeros capítulos de la *Metafísica*, pero utiliza también *La ética a Nicómaco*—ARISTOTELE, *Opere. 7. Etica Nicomachea* (Roma-Bari 1985) 139 ss—.

<sup>4</sup> ZUBIRI, *Cinco* 20.

<sup>5</sup> ZUBIRI, *Cinco* 20.

<sup>6</sup> ZUBIRI, *Cinco* 20.

3.- El historiador –el llamado historiador general– se ocupa de las cosas hechas por sus antepasados según su naturaleza: sus obras, sus conductas, sus deseos y pensamientos. Trata de comprender su personalidad, incluso cuando hacen una historia coral, cuando son los pueblos –o el hombre como expresión de todos los hombres– de un determinado momento los protagonistas de su historia. Adquieren, pues, un conocimiento concreto de lo hecho por nuestros antepasados.

4.- Los historiadores del derecho estamos dominados por la abstracción. Esta abstracción no puede confundirse con la utilizada por los historiadores que prescinden, aparentemente, del hombre concreto para centrarse en su hacer abstraído de la vida e independizado con mayor o menor fortuna.

El hombre –se dice– es el único animal que conoce sus instintos y que se ilusiona con poder dominarlos a fin de profundizar en su humanización. «La conciencia moral no puede subsistir, nos dice Hegel en la última parte de la “Fenomenología del Espíritu”, más que en la medida en que hay desacuerdo entre la naturaleza y la moralidad; desaparecería si la ley de la moral deviniese la ley de la naturaleza»<sup>7</sup>.

Los historiadores del derecho se ocupan también del vivir de los hombres en las sociedades del pasado con el fin de identificar las conductas ideales tipificadas que aspiraban a realizar y que a malas penas se concretaban en la vida diaria. El derecho, en cuanto encierra un deber ser, es algo que puede no observarse. El interés del historiador del derecho se centra tanto en las conductas jurídicas como en las antijurídicas. En definitiva, el derecho es la vida social valorada desde la perspectiva del bien y del mal, de lo justo y de lo injusto.

El historiador del derecho se ocupa no de los hombres, sino de las reglas establecidas por los hombres para vivir en sociedad, no hace una historia concreta, sino abstracta.

<sup>7</sup> Simone de BEAUVOIR, *Pour une morale de l'ambiguïté* (Paris 1964) 14.

5.- Desde Kant, al menos, se sabe que la mente humana no es perfecta: el hombre no tiene límites a la hora de pensar, pero sí a la hora de conocer, límites derivados del utillaje intelectual—las categorías— que debe utilizar para conocer el fenómeno y que le impide conocer la cosa en sí<sup>8</sup>.

Esta separación entre el pensar y el conocer está en la base, a mi entender, de la diferenciación establecida por Vico: los hombres son capaces de explicar el mundo creado por Dios, pero se limitan a comprender el otro mundo, obra de sus antepasados, caracterizado por la historicidad propia de su autor.

La distinción entre Naturaleza e Historia es antigua. Aristóteles reprocha a Sócrates haberse desprecupado por completo de la naturaleza para centrarse exclusivamente en la ética<sup>9</sup>.

El afán por alcanzar la unidad del saber del hombre tiende a hacer desaparecer esta dualidad, disolviéndola en la separación entre sujeto y objeto del conocer, un dualismo que, junto a otros dualismos, se intenta superar cuando se vuelve a la intuición parcial de Sócrates y se absolutiza, «reduciendo lo existente a la serie de apariciones que lo manifiestan» al único espectador posible: el hombre<sup>10</sup>.

6.- Todo conocer, según Heidegger, tiene sus propios límites y, en consecuencia, se autolegitima desde su propio ámbito<sup>11</sup>. Los historiadores han preferido, como diría Ortega, biquear y legitimarse desde las ciencias de la naturaleza.

Convertida la física en criterio de científicidad se ha intentado unificar estos dos mundos—naturaleza e historia—. No pretendo renovar rancias disputas hoy superadas, sino sólo subrayar la conservación de aquel biquear originario. El deseo de establecer leyes históricas lleva a olvidar que la exactitud es una característica de la física y que el rigor se exige tanto del físico como del historiador.

<sup>8</sup> HEISENBERG, *La nature* 18-19, 30, 32. WEIZSÄCKER, *I Grandi* XVII.

<sup>9</sup> ARISTOTELE, *Opere*. 6. *Metafisica* (Bari 1984) 25-26. Cf. *supra* n. 5.

<sup>10</sup> J.-P. SARTRE, *L'être et le néant* (Paris 1964) 11.

<sup>11</sup> M. HEIDEGGER, *¿Qué es metafísica?* (Santiago de Chile-Madrid 1963) 16-17.

7.- La física se ha visto obligada en los últimos tiempos a utilizar conceptos “que, si tienen un sentido preciso en términos de símbolos matemáticos, no son interpretables en términos concretos. La física contemporánea es, pues, prácticamente ininteligible para aquél que la aborda desde fuera”<sup>12</sup>.

En una época, carente de espíritu crítico, las palabras abstrusas se cargan de un contenido mágico. Recurrir a la física para hablar de la historia supone un grave peligro: ocuparse de lo incomprensible con riesgo de superchería<sup>13</sup>. Otras razones acentúan este riesgo. De un lado, la pugna entre partidarios de la física cuántica y de la mecánica parece no haber terminado todavía<sup>14</sup> y, del otro, la creciente especialización hace que difícilmente un físico domine toda la física<sup>15</sup>.

Sólo parcialmente puedo evitar estos riesgos a la hora de establecer un resumen que pueda servir de contraste a mis afirmaciones en el campo de la historia del derecho. He procurado partir de la visión que los científicos tienen de su tarea y mantenerme fiel a este cuadro, un cuadro datado por la edad de quien escribe<sup>16</sup>. Mi ignorancia me obliga a ceñirme lo más fielmente posible a mis autoridades sin poder garantizar su adecuada elección, incluso si dicen exponer una *communis opinio* –no estoy en condiciones de identificarla–. Además, las exposiciones de estos autores pueden provocar, a veces, en el lector ignaro un cierto confusiónismo<sup>17</sup>, provocado unas veces por el entusiasmo

<sup>12</sup> Arthur MARCH, *La physique moderne et ses théories* (Paris 1965) 12. Cf. THUAN TRINH XUAN, *Il caos e l'armonia. Bellezza e asimmetrie del mondo fisico* (Trad. di Elena Ioli) (Roma 2000) 420 ss.

<sup>13</sup> Alan SOKAL-Jean BRICMONT, *Impostures intellectuelles* (Paris 1997), con una polémica posterior que no interesa aquí registrar.

<sup>14</sup> Cf. MARCH, *La physique* 228-229 e infra n. 82-83; WEIZSÄCKER, *I Grandi* 220 ss., para la posición de Einstein.

<sup>15</sup> WEIZSÄCKER, *I Grandi* VII.

<sup>16</sup> Sólo invoco las formulaciones para mí más comprensibles. Un tratamiento sistemático de las cuestiones fundamentales, en Arthur MARCH, *Natur und Erkenntnis. Die Welt in der Konstruktion des heutigen Physikers* (Wien 1948).

<sup>17</sup> MARCH, *La physique* 21; 32-33; 44; WEIZSÄCKER, *I Grandi* 69 ss., 79, 84 ss. THUAN TRINH XUAN, *Il Caos* 205-206. No es lo mismo señalar que Galileo es el primero que se atiene a la experiencia y no a la especulación (March) que reconocer que su afirmación de que los cuerpos caen con la misma aceleración sólo se pudo probar cuando Torricelli

valorativo del expositor<sup>18</sup>, otras veces por erratas difícilmente controlables para los ajenos al mundo de la física<sup>19</sup>.

8.- Desde la Antigüedad hasta el Renacimiento el abandono de las posiciones atomistas y deterministas de Demócrito se debió al triunfo del pensamiento aristotélico que impuso las causas finales, lo que resultó funesto para la física<sup>20</sup>. Galileo “fue el primero en fundar la física sobre la experiencia y no sobre la especulación»<sup>21</sup>; afirmó, además, lo siguiente: «El Libro de la Naturaleza está escrito en lengua matemática»<sup>22</sup>.

Desde ese momento, la física sólo utiliza –y con matices– la *causa efficiens*<sup>23</sup>, denominada hoy causa, porque renuncia al conocimiento de los fines y se funda sobre la idea de que el presente arrastra necesariamente a un

logró crear un espacio vacío adecuado (Weizsäcker) o afirmar que este experimento sólo pudo realizarse 350 años más tarde sobre la superficie carente de toda atmósfera de la luna (Thuan Trinh Xuan). Estas discordancias tienen un mayor alcance dada la extraña relación existente entre matemáticas y física y las afirmaciones sobre si la física es o no una ciencia axiomática (*Vid infra* n. 64 ss.). La afirmación de Newton: *hypotheses non fingo*, conduce a una no muy clara distinción entre hipótesis rechazables e hipótesis utilizables, aunque no identificables con leyes de la naturaleza (MARCH, *La physique* 45 ss. *Vid. infra* n. 121), pero para el lector ajeno a este mundo la situación se hace más compleja si, de un lado, se afirma que Newton como privado creía en la existencia del éter, aunque como científico –en virtud de aquel principio– rechazaba su existencia (MARCH 48) y, del otro, THUAN TRINH XUAN, *Il Caos* 206, afirma lo siguiente: «Secondo Newton, questa orbita ellittica era determinata dalla forza gravitazionale esercitata dalla Terra sulla Luna, e trasmessa attraverso un misterioso mezzo chiamato “etere”» (*Cf.* THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 187 ss.).

<sup>18</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 7 ss.

<sup>19</sup> MARCH, *La physique* 34-35. Aquí creo que hay una errata: «quantitatif» por «qualitatif» [pude confirmar, a última hora, mis dudas con Arthur MARCH, *Das neue Denken der modernen Physik*<sup>2</sup> (Hamburg 1960) 22: «Aber auch wenn er das könnte, so wäre dem Physiker mit einer rein qualitativen Erklärung nicht gedient»], pero soy incapaz de detectar otras en aspectos más complejos. *cf. supra* n. 17.

<sup>20</sup> MARCH, *La physique* 15-17, 22-23.

<sup>21</sup> MARCH, *La physique* 32.

<sup>22</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 421. *Cf.* Werner HEISENBERG, *La nature dans la physique contemporaine* (Paris 1962) 11 ss.

<sup>23</sup> HEISENBERG, *La nature* 40.

futuro íntegramente determinado, sin preocuparse de saber si es o bueno o malo para los hombres; todo fenómeno natural tiene que estar sometido a leyes porque sólo así la física puede alcanzar su objetivo: realizar previsiones. Hoy es unánime la opinión de que una ley natural debe permitir previsiones<sup>24</sup>.

9.- Para alcanzar su objetivo la Física ha debido alejarse del sentido común e identificar la estructura de la naturaleza. El físico no estudia la naturaleza tal como la vemos, sino su esqueleto alcanzado por medio de la abstracción que prescinde de todo lo que no sea mensurable, de todo lo que no pueda reducirse a número<sup>25</sup>.

El empleo de la técnica, hija de la ciencia, le abrió nuevos mundos: el microcosmo<sup>26</sup>. Cuando el físico abandonó el mundo macroscópico –que sigue regulado por sus leyes– y comenzó a observar el mundo microscópico descubrió que ni las leyes ni los conceptos de la física clásica, propias del macrocosmo, eran aplicables en el microcosmo<sup>27</sup>.

10.- El descubrimiento de Planck de nacer siempre la luz de un acto discontinuo permitió la identificación de actos elementales e indivisibles que escapan a todo análisis y se ofrecen como discontinuidades que destruyen las relaciones de causalidad<sup>28</sup>. La propuesta de Planck de un orden de la naturaleza a dos vías está en el origen de la física cuántica<sup>29</sup>.

11.- El descubrimiento de Planck permitió explicar la fórmula propuesta por Balmer y abrió camino a la interpretación contradictoria de Bohr de la doble naturaleza de la materia, facilitada por la equivalencia entre masa y

<sup>24</sup> MARCH, *La physique* 15-17; 226. *Vid. infra* § 16 ss. sobre el cambio en el concepto de causa y de ley.

<sup>25</sup> HEISENBERG, *La nature* 11-13, 31-32; MARCH, *La physique* 38; 55 s; 62-63, 67.

<sup>26</sup> MARCH, *La physique* 8-9; HEISENBERG, *La nature* 14; 15

<sup>27</sup> MARCH, *La physique* 137; 167; HEISENBERG, *La nature* 31-32.

<sup>28</sup> MARCH, *La physique* 9-10, 11, 85, 138-139, 144.

<sup>29</sup> MARCH, *La physique* 10-11, 21, 42-43, 49; HEISENBERG, *La nature* 16; OPPENHEIMER, *La Science* 74; THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 267 ss.

energía establecida por Einstein<sup>30</sup>: las partículas elementales –como la electricidad– se pueden presentar al observador o como corpúsculos o como ondas como consecuencia de la intervención del observador<sup>31</sup>.

El deseo de Bohr de exponer los resultados de la física cuántica en la formulación concreta de la física mecanicista provoca esta contradicción<sup>32</sup> como muestra la objeción de Aristóteles a la noción de átomo de Demócrito –si los átomos tienen dimensión, entonces tienen que ser divisibles–<sup>33</sup>.

Sólo cuando se aceptó que los conceptos del mundo macroscópico eran inaplicables al mundo microscópico y se abandonaron los esfuerzos para dar una explicación concreta de los fenómenos en favor de una formulación matemática se pudieron superar estas contradicciones y explicar las transformaciones sufridas en el mundo de las partículas elementales gracias al recurso a unas matemáticas nuevas<sup>34</sup>.

El antiguo átomo –una cosa infinitamente pequeña, indivisible y carente de propiedades internas<sup>35</sup>– ha dejado hoy su puesto a las llamadas partículas elementales: indivisibles, aunque no inmutables, pues pueden transformarse en una partícula diferente o disolverse en radiación. La descripción del átomo –un núcleo (protones, neutrones) alrededor del cual gravitan los electrones– se ha complicado al identificarse nuevas partículas elementales inestables<sup>36</sup>.

12.- Los esfuerzos de Broglie y Schrödinger culminan en la obra de Born<sup>37</sup> y conducen a la crisis de la noción de substancia a través de la formalización matemática: los electrones –las partículas elementales– no son una cosa

<sup>30</sup> MARCH, *La physique* 148-151, 175-177, 206; THUAM TRINH XUAM, *Il caos* 23; 272 ss.

<sup>31</sup> MARCH, *La physique* 206; WEIZSÄCKER, *I grandi* 235-236.

<sup>32</sup> MARCH, *La physique* 154-155; THUAM TRINH XUAM, *Il caos* 274. *Vid.* WEIZSÄCKER, *I Grandi* 225 ss. y s. v. Bohr, en especial p. 235 ss. *Vid. infra* n. 43.

<sup>33</sup> MARCH, *La physique* 24-28; 167. WEIZSÄCKER, *I Grandi* X, atribuye a Platón esta objeción.

<sup>34</sup> MARCH, *La physique* 11-12; 28.

<sup>35</sup> MARCH, *La physique* 21 ss.; THUAM TRINH XUAM, *Il caos* 267 ss.

<sup>36</sup> HEINSEMBERG, *La nature* 17; MARCH, *La physique* 24-25, 26, 27, 28, 42-43, 205; THUAM TRINH XUAM, *Il caos* 295 ss.

<sup>37</sup> MARCH, *La physique* 182 ss; THUAM TRINH XUAM, *Il caos* 276 ss.

susceptible de observación directa: es un producto de la teoría, vinculada a la posibilidad de medición; estas posibilidades de medición son las que dan su sentido a las nociones<sup>38</sup>. El principio de Pauli permite afirmar que por debajo de sus cualidades el electrón carece de substancia; por esta razón no pueden identificarse los electrones<sup>39</sup>.

Si las partículas carecen de substancia no pueden concebirse como corpúsculos; deben concebirse necesariamente como formas puras, es decir, como relaciones entre magnitudes mensurables. Si se denomina *estructura* al conjunto de sus relaciones, entonces un electrón, por ejemplo, sólo es una estructura y, con seguridad, una estructura análoga a la de un campo ondulatorio<sup>40</sup>.

13.- Gibbs descubrió que hay conceptos que sólo se pueden utilizar si un sistema es insuficientemente conocido y se pretende obtener conclusiones estadísticas de este conocimiento incompleto<sup>41</sup>.

El descubrimiento de Planck hizo suponer que la emisión de radiación es un fenómeno estadístico, aunque se tardó 25 años en descubrir que la teoría de los cuantos obliga a dar a las leyes formulaciones estadísticas, al ser imposible «indicar, simultáneamente, a voluntad, y exactamente, la posición y la velocidad de una partícula atómica»<sup>42</sup>.

Según Bohr el átomo podía describirse en unas ocasiones como un corpúsculo y en otras como una onda, imágenes correctas, si se emplean correctamente, pero se contradicen y, por ende, se las considera complementarias. La indeterminación que pesa sobre cada una de estas imágenes se formula por las relaciones de indeterminación, ineliminables, que evitan la contradicción lógica<sup>43</sup>.

Si estas relaciones impiden determinar simultáneamente la posición y la velocidad, estas magnitudes «no son producidas por el electrón, en tanto

<sup>38</sup> MARCH, *La physique* 211; HEISENBERG, *La nature* 17-18.

<sup>39</sup> MARCH, *La physique* 213-214; cf. 208; HEISENBERG, *La nature* 16 ss.

<sup>40</sup> MARCH, *La physique* 198-199, 206 ss.

<sup>41</sup> HEISENBERG, *La nature* 45. Cf. MARCH, *La physique* 67 ss.

<sup>42</sup> HEISENBERG, *La nature* 46-47.

<sup>43</sup> HEISENBERG, *La nature* 48; MARCH, *La physique* 198-199.

que factor independiente de la observación, sino que son creadas de golpe por la observación»: las propiedades no lo son, pues, de las partículas elementales, sino que se identifican en la observación<sup>44</sup>. Se testimonia así la desaparición de la distinción entre objeto conocido y sujeto conocedor<sup>45</sup>.

14.- El físico renuncia a conocer la cosa en sí y sus fórmulas matemáticas no representan ya «el comportamiento de la partícula elemental sino el conocimiento que se posee de ella», a causa de una relación de indeterminación ineliminable<sup>46</sup>. Para las ciencias de la naturaleza «*el sujeto de la investigación no es la naturaleza en sí, sino la naturaleza entregada a la interrogación humana* y en esta medida el hombre, de nuevo, no encuentra aquí más que a sí mismo<sup>47</sup>».

15.- «Para el físico todo lo que no es observable y medible no existe»<sup>48</sup>. Sólo la teoría —según Einstein— decide sobre lo que es o no observable<sup>49</sup>. Se asiste, pues, a la aparente transformación de una ciencia experimental en una ciencia axiomática. Los físicos observan lo descubierto previamente por los matemáticos<sup>50</sup>.

Esta inexplicable relación<sup>51</sup> —el ejemplo emblemático es la exposición de la teoría de la relatividad restringida gracias a la existencia previa de la geometría de Riemann—, que da lugar a muchas tentaciones<sup>52</sup>, no permite reducir la física a las matemáticas: la deducción axiomática geométrica no agota la

<sup>44</sup> MARCH, *La physique* 199; 206.

<sup>45</sup> HEISENBERG, *La nature* 18-19; MARCH, *La physique* 24.

<sup>46</sup> HEISENBERG, *La nature* 18-19.

<sup>47</sup> HEISENBERG, *La nature* 29. Cf. MARCH, *La physique* 168; 192; 193; 199.

<sup>48</sup> MARCH, *La physique* 46. Cf. WEIZSÄCKER, *I grandi* 234 s.; 263 s.

<sup>49</sup> WEIZSÄCKER, *I grandi* 234, 263.

<sup>50</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 421-422

<sup>51</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 420 ss. Cf. WEIZSÄCKER, *I grandi* 150 s., sobre Kant.

<sup>52</sup> Cf. José ORTEGA Y GASSET, *Obras completas V*<sup>7</sup> 271-287. Para la frase de Einstein: «Las proposiciones matemáticas, en cuanto tienen que ver con la realidad, no son ciertas, y en cuanto que son ciertas, no tienen que ver con la realidad», *vid.* José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas III*<sup>6</sup> (Madrid 1966) 618; José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas VIII*<sup>3</sup> (Madrid 1970) 104-105, con traducción algo diferente.

estructura física. La física necesita de la observación y del experimento para cumplir su objetivo<sup>53</sup>.

16.- La aceptación de la propuesta de Planck<sup>54</sup> conduce a la paradójica afirmación de un mundo macroscópico mecanicista, donde la noción de ley causal se mantiene, fundamentado, sin embargo, en un mundo microscópico donde reina hasta cierto punto el azar —«El azar y la necesidad» titulaba su libro Jacques Monod<sup>55</sup>—, con la aparente desaparición de la objetividad<sup>56</sup>.

El descubrimiento de Gibbs había abierto camino a un nuevo concepto de «estado».

17.- El “estado” es la configuración que adopta un sistema en un momento dado. Las relaciones de indeterminación demuestran que éste no puede ser definido por valores ciertos en el mundo microscópico. Esta conclusión significa romper con toda idea de concreto. Es necesario abandonar la idea de que una partícula ocupe en cada momento una posición determinada y renunciar a toda esperanza de interpretar la mecánica cuántica en un sentido estrechamente determinista<sup>57</sup>. «El conocimiento incompleto de un sistema debe representar una parte esencial de cada enunciado de la teoría de los cuantos»<sup>58</sup>.

18.- En 1922 Exner señalaba que el principio de causalidad no encontraba una justificación basada en la experiencia en el mundo microscópico<sup>59</sup>.

<sup>53</sup> MARCH, *La physique* 15 s., 191 ss.; THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 17, 183 ss.

<sup>54</sup> *Vid. supra* n. 29.

<sup>55</sup> HEISENBERG, *La nature* 18; 26; 42; OPPENHEIMER, *La Science* 119-121. Jacques MONOD, *El azar y la necesidad. Ensayo sobre la filosofía natural de la biología moderna* (Trad. de Francisco Ferrer Lerin) (Barcelona 1970); Ilya PRIGOGINE, *Las leyes del caos* (Trad. de Juan Vivanco) (Barcelona 1997).

<sup>56</sup> HEISENBERG, *La nature* 12; 14; 16; OPPENHEIMER, *La Science* 12-13. Explicación de esta aparente paradoja, HEISENBERG, *La nature* 48 ss.; OPPENHEIMER, *La Science* 74; THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 280-281.

<sup>57</sup> MARCH, *La physique* 201-202, 190.

<sup>58</sup> HEISENBERG, *La nature* 48.

<sup>59</sup> MARCH, *La physique* 74; *cf.* 83, 163.

Según el concepto vulgar de causa —que encuentra su origen en Aristóteles— todo efecto tiene una causa. Esta representación es inadmisibles en física: un conjunto de fenómenos no tiene una sola causa, sino una infinidad que se encadenan recíprocamente. Carece de sentido afirmar que la causa inmediata de la muerte de un paseante sea una teja volada desde un tejado a causa de la tormenta, pues ésta tiene una serie de causas: era necesario para que estallase el concurso de determinadas condiciones atmosféricas que reenvían a su vez a múltiples determinaciones. Además, para que la teja estuviese basculante hasta el punto de no poder resistir la tormenta era necesario, igualmente, un cúmulo de causas<sup>60</sup>.

Esta descripción subraya la diferencia entre ambos conceptos de causa y muestra que cuando se hace intervenir una ley que implica causalidad, «el físico debe entender por este término una propiedad de la Naturaleza de la que un principio general permite dar cuenta». Solo se podrá formular este principio si existe un orden en la naturaleza: «hay causalidad en la Naturaleza si una misma serie de estados sucesivos deriva siempre del mismo estado inicial»<sup>61</sup>.

Si toda física debe permitir concluir del presente el futuro, el cambio en la noción de estado arrastra un cambio en la noción de causalidad: «la causalidad significa pues que se puede concluir del estado inicial de un sistema sus estados futuros tomándolos, el primero como los segundos, en sentido estadístico»<sup>62</sup>.

19.- Por lo tanto, las leyes de la teoría cuántica deben ser de naturaleza estadística»<sup>63</sup>, pues «la física puede renunciar a lo concreto, pero no al principio que consiste en concluir del presente el porvenir»<sup>64</sup>.

20.- La aparición de nuevas partículas elementales provoca el deseo de reducirlas de nuevo a la primitiva unidad del átomo: «*No hay más que una*

<sup>60</sup> MARCH, *La physique* 187-188.

<sup>61</sup> MARCH, *La physique* 189, 20, 69-71.

<sup>62</sup> MARCH, *La physique* 190.

<sup>63</sup> HEISENBERG, *La nature* 48.

<sup>64</sup> MARCH, *La physique* 203.

*sola materia homogénea, pero ésta puede existir bajo diversos estados discretos y estacionarios. Algunos de estos estados son estables, a saber protón, neutrón y electrón, y muchos otros son inestables*<sup>65</sup>».

Se abre así camino la posibilidad de reducir la vida a las leyes estadísticas de la físico-química<sup>66</sup>. Es un reto no superado.

Si la explicación en física consiste en colocar un fenómeno bajo una ley<sup>67</sup>, la unidad de la ciencia se conseguirá cuando se logre colocar bajo una misma ley todas las fuerzas<sup>68</sup>: los esfuerzos realizados han fracasado. La ley de la gravedad no se deja reducir a unidad<sup>69</sup>.

Además, el reconocimiento de la unidad conceptual de la física y el carácter finito del conocimiento físico coexisten con la admisión de que éste no agota la posibilidad de conocimiento de la humanidad<sup>70</sup>.

21.- Estos fracasos y estos límites testimonian la irreductibilidad de la historia a la física, al menos de momento. El rechazo del planteamiento de Demócrito de reducir los llamados actos espirituales a un simple movimiento de los átomos<sup>71</sup> y el reconocimiento de la insuficiencia de las leyes de la física para explicar la vida y el hombre<sup>72</sup> testimonian que, en todo caso, es una cuestión abierta.

Estas discusiones esconden formas distintas de concebir o el conocimiento o el conocimiento científico. Quienes exigen de la física una explicación concreta de los fenómenos físicos rechazan que una ley que se limite a permitir previsiones ofrezca un auténtico conocimiento<sup>73</sup> y quienes exigen formalización

<sup>65</sup> HEINSEMBERG, *La nature* 54.

<sup>66</sup> Bertrand RUSSELL, *El conocimiento humano. Su alcance y sus limitaciones (1)* (Madrid 1965) 58. Cf. A. I. OPARIN, *Origen de la vida sobre la tierra* (Madrid 1970).

<sup>67</sup> MARCH, *La physique* 43-44; 66-68; 170-171.

<sup>68</sup> MARCH, *La physique* 43-44. Cf. HEISENBERG, *La nature* 46-47.

<sup>69</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 319 ss.

<sup>70</sup> WEIZSÄCKER, *I grandi* VII-VIII.

<sup>71</sup> MARCH, *La physique* 51 ss; OPPENHEIMER, *La science* 120-121.

<sup>72</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 333 ss.

<sup>73</sup> MARCH, *La physique* 228.

matemática rechazan que tenga carácter científico una disciplina que carezca de la misma<sup>74</sup>.

22.- Separados de esta forma el mundo de la naturaleza y el mundo de la historia, el peligro surge ahora de la instauración de la historia en la naturaleza a través de la noción de caos. «La libertad recobrada de la Naturaleza arroja nueva luz sobre la añosa dicotomía entre leyes físicas independientes del tiempo, eternas e inmutables, y el mundo temporal, mudable y contingente: La Naturaleza está *en* el tiempo puesto que puede innovar y crear en torno a leyes fuera del tiempo»<sup>75</sup>.

Mediante el establecimiento de leyes históricas aunque sea bajo la humilde y vulgar protección del lema *historia magistra vitae*, los historiadores aspiran a gozar del *status* alcanzado por los físicos gracias al establecimiento de leyes científicas<sup>76</sup>.

El establecimiento de una ley científica es una tarea compleja. «Las nociones que utiliza la física deben ser claramente definidas a fin que la experimentación, encargada de verificar una proposición, no tenga duda sobre su significación. Por ejemplo, si la noción reenvía a una magnitud mensurable, su definición deberá contener instrucciones precisas sobre la manera de proceder a las medidas. Es preciso pues que el teórico de al experimentador la posibilidad de comprender sus proposiciones, sin la que este último no estaría en condiciones de verificarlas»<sup>77</sup>.

Si una definición de fuerza semejante a la dada del tiempo por Agustín de Hipona sería inútil para un físico por ser meramente cualitativa<sup>78</sup>, este mismo reproche se puede predicar del famoso paso de la *Crítica de la economía política* de Marx<sup>79</sup>.

<sup>74</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 420.

<sup>75</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 8-9.

<sup>76</sup> Barry BARNES-Thomas S. KUHN-Robert K. MERTON y otros, *Estudios sobre sociología de la ciencia* (Madrid 1980), especialmente p. 64 ss.; 203 ss.

<sup>77</sup> MARCH, *La physique* 26-27; 35; 55; 129.

<sup>78</sup> MARCH, *La physique* 34-35. *Vid. supra* n. 19.

<sup>79</sup> Cf. Maurice GODELIER-Lucie SÈVE, *Marxismo e strutturalismo sui fondamenti delle scienze sociali* (Torino 1970). Afirmer que nunca se ha dicho que la infraestructura

Una ley histórica que permita prever el futuro exige reducir a un lenguaje matemático, es decir, numérico los fenómenos históricos, lo que obligaría a prescindir de todos los elementos que determinan, precisamente, la particularidad histórica<sup>80</sup>. Todos los esfuerzos para reducir a un lenguaje matemático la realidad jurídica han fracasado. Y, a mi entender, todo esfuerzo en este sentido fracasará necesariamente, mientras la libertad y su correlato la voluntariedad formen parte del acto jurídico.

El empleo de la estadística puede conducir al reconocimiento de falsas regularidades –cada X años muere un papa en diciembre–. Pero estas regularidades ni permiten una previsión a largo plazo, por las mismas razones que no se realizan en el campo de la meteorología por los principios apuntados por Poincaré que suponen la introducción del caso dentro de la necesidad<sup>81</sup>, ni admiten la previsión de un suceso particular<sup>82</sup>.

La historia no puede recurrir ni al experimento del laboratorio ni a la técnica<sup>83</sup>, pero sí a la propia historia. «Las leyes de la Naturaleza han sido, son y serán siempre las mismas»<sup>84</sup>. No se ha establecido ley alguna de la caída de los imperios, ley que hubiera podido comprobarse a lo largo de la historia. Curiosamente, las leyes históricas se construyen para el futuro impredecible y no para el pasado inmutable y no superan nunca el carácter cualitativo, propio de consejas de vieja, mostrado por la conocida afirmación de Acton.

económica sea el único elemento determinante sino que en última instancia es el elemento determinante no supone rebasar el límite cualitativo de esta afirmación (cf. [Karl MARX]-Friedrich ENGELS, *Scritti sull'arte*. Cur.C. Salinari [Bari 1967] 64), pues en ambas formulaciones falta la posibilidad de cuantificación.

<sup>80</sup> Cf. MARCH, *La physique* 17; 56-57.

<sup>81</sup> WEIZSÄCKER, *I grandi* 30-31; THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 87-89 y s. v. Poincaré. Cf. HEISENBERG, *La nature* 49

<sup>82</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 283. Cf. MARCH, *La physique* 71.

<sup>83</sup> Ortega recoge la idea de ser la técnica la que prueba la verdad de la física a través de las palabras de Boltzmann, con traducción algo diferente, en José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas* IV<sup>4a</sup> (1929-1933) (Madrid 1957) 96-97, y en José ORTEGA Y GASSET, *Obras Completas* VII (Madrid 1961) 296-297.

<sup>84</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 167. Cf., sin embargo, MARCH, *La physique* 170-171, 223-224; WEIZSÄCKER, *I grandi* XV, para el problema planteado por Hume: en el futuro las leyes de la naturaleza pueden dejarse de cumplir.

23.- No puede exigirse del conocimiento histórico exactitud, pero sí rigor. El hombre, en cuanto tal, no tiene naturaleza, sino historia. Es lo que ha sido y el hombre –*magister dixit*– es un animal social por naturaleza. El hombre vive conviviendo; de aquí la afirmación antigua de la identidad entre sociedad y derecho. *Ubi societas, ibi jus*. El derecho no es simplemente una forma de vida social, es la vida social que aspira a realizar una determinada sociedad, pero en cuanto aspiración –en cuanto ideal, en cuanto deber ser– no siempre logra realizarlo. La vida social es, pues, al mismo tiempo jurídica y antijurídica.

24.- El jurista para identificar el derecho en la vida social debe prescindir de todos los elementos innecesarios del caso concreto para abstraer la regla de comportamiento que, unida a otras muchas identificadas de la misma manera, configuran la estructura jurídica de una sociedad. El jurista como el físico descubre también una estructura detrás de la vida social que contempla.

Hay, sin embargo, una diferencia fundamental. El físico se encuentra con la naturaleza, mientras que el derecho es obra de los hombres. Exista o no un establecimiento expreso escrito de las reglas de conducta, el jurista trabaja sobre una realidad construida por los hombres.

Además, la comparación no puede sobrepasar determinados límites. El físico a través del descubrimiento de una ley vincula –estadística o necesariamente– un efecto con una causa –por mor de claridad, utilizo la noción vulgar de causa–; el jurista a través de una imputación vincula a una persona un hecho y una determinada consecuencia<sup>85</sup>.

Los llamados fueros de la Novenera establecían lo siguiente: «*De toda cosa que mata a ombre, cómo deue homizidio*. Toda cosa que mata a ombre deue homizidio: si caye de la casa la piedra que da en la cabeça, la casa por homizidio; si caye en la canal, la cenia por homizidio; si la muela mata al hombre, la muela por homizidio; si bestia matare a ombre, la bestia por homizidio; si el buy

<sup>85</sup> Hans KELSEN, *La teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho* (Trad. Moisés Nilve) (Buenos Aires 1960) 82 ss. Como he apuntado, esta imputación es originaria del ordenamiento jurídico existente. Dado sus fines, utilizo dentro de este trabajo, indistintamente, sistema jurídico y ordenamiento jurídico.

mata al hombre, el buy por homizidio; si el puerco mata al hombre, el puerco por homizidio <sup>86</sup>».

La muerte de una persona por la caída de una teja ha sido invocada para poner de relieve la complejidad actual de la noción de causa <sup>87</sup>. Es posible vincular esta causa con el efecto por medio de leyes científicas, pero éstas no son utilizables para establecer una imputación que vincule el resultado alcanzado a una persona.

La dirección teleológica, que en el campo de la biología ha cobrado nueva vida a costa de contradicciones insalvables por el momento <sup>88</sup>, está detrás del juicio de imputación y del conocimiento histórico.

La imputación de la muerte de una persona a una teja o a un árbol exige una determinada cosmovisión que no coincide con la creencia fundamental que está en la base de la física <sup>89</sup>. La imputación o no a una persona encuentra su fundamento en una creencia relacionada con la libertad de las acciones humanas en cuanto los hombres se proponen los fines que pretenden alcanzar. Si un hombre da muerte a otro, no por eso se le imputa necesariamente esa muerte. Es suficiente mencionar aquí la legítima defensa.

25.- Esta descripción pone, pues, de relieve estas características. En primer lugar, el derecho que conforma una determinada sociedad es obra de los hombres. En segundo lugar, el derecho es una realidad delimitada temporal y espacialmente –socialmente–. En tercer lugar, el jurista no trabaja sobre las conductas que se observan en una determinada sociedad, sino sobre una abstracción

<sup>86</sup> *F. Novenera* 25 -Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Antología* <sup>3</sup> (Madrid 1996) 25 d) p. 73: «En uno de los manuscritos al final se añade: “Si la paylla lo mata al omne la paylla por homjizidio et assi de las otras cosas».

<sup>87</sup> *Vid. supra* n. 60.

<sup>88</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 333 ss, en especial 347, 354, 365, 380, 397. Utilizada por Jakob von Üexkull –y por sus sucesores– e invocada por Ortega –*vid.* IGLESIA FERREIRÓS, *La creación del derecho. Manual I* (Barcelona 1992) 3 n. 20, 5 n. 248 n. 51– se plantea de nuevo por François JACOB, *La lógica de lo viviente. Una historia de la herencia* (Barcelona 1973).

<sup>89</sup> *Vid. supra* n. 24.

de las mismas. En cuarto lugar, esa abstracción está condicionada por las creencias del momento.

26.- El derecho está estrechamente vinculado a la fuerza. ¿Es posible armonizar el mundo jurídico temporal, mudable y contingente con leyes jurídicas independientes del tiempo, eternas e inmutables?

El esfuerzo por establecer un ordenamiento jurídico racional *a priori* a partir de unos primeros principios puestos por la razón, sin recurso a la experiencia, plasma –al menos para sus redactores– en la codificación. Desde ese momento, esta idea está siempre presente, especialmente por parte de quienes convierten el derecho romano en un modelo clásico.

La jurisprudencia deviene una ciencia axiológica que no nace para conocer la realidad, sino para construirla *a priori* con la esperanza de que, como las diferentes geometrías, el sistema así construido pueda aplicarse a cualquier realidad. Para que pudiera suceder así, sería necesario que existiese una autoridad mundial que lograra imponer el cumplimiento de la mencionada construcción *a priori*.

Los juristas pueden intentar reducir determinadas conductas del hombre a una estructura racional y lo han hecho: *do ut des; do ut facias; facio ut des, facio ut facias*; pero los hombres no viven de acuerdo con la razón pura. Es suficiente remitir a cualquier manual de derecho romano para darse cuenta del fracaso de estos esquemas atemporales para la comprensión del pasado. La categorías mencionadas han nacido para acoger los llamados contratos reales junto a unos negocios nominados, en un momento cuando no se había construido todavía la noción de contrato. Esta circunstancia pone, pues, de relieve que para llegar a la noción de contrato se exige fijar, previamente, su carácter signalamático lo que implica decidir sobre el origen del contrato –¿el consentimiento? ¿la forma? ¿la entrega?–. ¿Cómo se reduce a unidad la donación romana –considerada un acto gratuito unilateral– y la llamada donación germánica –normalmente interpretada como formando parte de la categoría *do ut des*–?

Si renuncia a estas pretensiones, la jurisprudencia se reduce a una prudencia delimitada temporal y espacialmente. La actual puede ilusionarse y pretender ser un saber que decanta las experiencias históricas concretas y fija el justo

medio tan encarecido por Aristóteles que se pretende fuera del tiempo —«el placer está más en el reposo que en el movimiento»<sup>90</sup>— y del espacio.

27.- La estructura jurídica identificada por los juristas se asemeja a la estructura física descubierta por los físicos. Unos y otros construyen una teoría para describir una realidad que se presenta a los ojos del observador profano de otra manera. Tampoco puede proseguirse en esta comparación.

Si el derecho se identifica con las conductas ideales que se cree que se deben observar, ¿quién determina esas conductas ideales? Se está ante el problema que los juristas suelen identificar con el nombre de fuentes de creación del derecho. Estas fuentes suelen plasmar —no es necesario, sin embargo— en textos escritos que recogen el derecho vigente de acuerdo con la concepción de cada momento.

Sobre estos textos los teóricos de la época construyen sus teorías, que, si sistemáticas, se alejan de la realidad, y los prácticos del momento sus dictámenes interesados. Sobre los testimonios del pasado —también sobre los textos, las teorías y los dictámenes— los historiadores del derecho construirán sus teorías.

Estas reglas vigentes —modelos de conducta— ni reflejan, necesariamente, las creencias de todos los miembros de esa determinada sociedad ni todos los que las aceptan están dispuestos a observarlas. Junto a conductas jurídicas —cumplen las reglas establecidas— y antijurídicas —las incumplen— hay conductas que se sienten como jurídicas aunque no puedan encajarse dentro de las establecidas como tales.

Detrás de esta descripción se encuentra la oposición entre el derecho oficial y el derecho de la práctica. Identificado el derecho con la forma de vida ideal que aspiran a vivir los miembros de una sociedad, ni las leyes establecidas que no se cumplen forman parte del derecho ni las conductas observadas pueden reducirse a violación del derecho establecido por no encontrar acogida bajo las reglas establecidas.

Desde esta perspectiva, el derecho vivido no se agota en el momento de la creación del derecho. El momento de la dicción del derecho juega un papel importante. Según d'Ors, derecho es lo que aprueban los jueces, una formulación

<sup>90</sup> ARISTOTELE, *Ética Nicomachea* 1154 b -ARISTOTELE, *Opere* 7 (ed. cit) 191-.

acertada pero incompleta. Los jueces dicen derecho –normal y formalmente según el derecho establecido– sólo cuando resuelven un caso conflictivo, pero la vida jurídica se desliza frecuentemente fuera del ámbito jurisdiccional.

Además, los jueces dirían derecho, si sus sentencias se cumplieren. Por diversos caminos se evita la aplicación de una sentencia y, de esta forma, una sentencia es equiparable a los textos escritos que contienen las reglas vigentes a la hora de identificar el derecho vivido.

28.- El derecho existe allí donde existe una sociedad con su propio sistema de creencias. De manera harto artificial se pueden aproximar estas creencias fundamentales a las partículas elementales. Si éstas se transforman al contacto con otras, también las creencias de los hombres se transforman en nuevas creencias al contacto con la realidad cuando surgen nuevas ideas que provocan la crisis de las creencias existentes.

Las transformaciones de las partículas impiden su identificación<sup>91</sup>. También las creencias se transforman, pero siempre es posible establecer una vinculación entre una creencia antigua y una moderna, sea que ésta se presente como una continuación de aquella, sea que se presente como su rechazo.

Son los hombres, además, quienes están en las creencias. Los hombres pueden cambiar sus creencias, pero mantienen su identidad personal en cuanto animal mientras viven. Interesa destacar este aspecto porque determina la peculiaridad del conocimiento histórico. El derecho no es un fenómeno personal, sino social. Probablemente todo se deba a ausencia de rigor, pero si todavía no se tiene claro qué deba entenderse por un pueblo, tampoco es posible determinar si un pueblo puede morir o no. De esta manera, la estructura jurídica de una sociedad puede cambiar sin que cambie su portador y puede cambiar también el portador sin que cambie la estructura jurídica.

29.- Tarea del historiador del derecho es vincular el derecho del pasado con la sociedad en la que surge. La creencia fundamental del historiador es, pues, que cada pueblo tiene su propio ordenamiento jurídico y que el historiador lo puede comprender como obra humana.

<sup>91</sup> MARCH, *La physique* 208, 214.

Algún físico ha recordado la semejanza que puede establecerse entre la física y el derecho: «De manera análoga, algunas filosofías del derecho admiten que, en general, es preciso encontrar una nueva ley para cada nuevo caso jurídico; que la ley escrita no puede en todo caso aplicarse más que a dominios limitados de la vida y no puede pues tener siempre valor <sup>92</sup>».

Los ordenamientos jurídicos tendrían así un valor temporal y espacial limitados como las teorías físicas, pero esta comparación no puede proseguirse hasta el infinito. Los ordenamientos jurídicos son obra de los hombres, no así la naturaleza. Además, la comparación debería realizarse entre teorías físicas e históricas.

Todo sistema jurídico es imperfecto. De ello tenía una clara intuición Justiniano cuando afirmaba que podían surgir nuevos negocios jurídicos no apresados todavía en los lazos del derecho <sup>93</sup>. Cuando la regulación de estos nuevos negocios exige establecer principios que entran en contradicción con los existentes en el ordenamiento jurídico, entonces se hace necesario construir un nuevo sistema jurídico que deja sin vigencia el anterior.

Las llamadas teorías físicas cerradas sólo se presentan como tales cuando han sido superadas. Desde la nueva teoría se puede contemplar los límites de la superada <sup>94</sup>. Por esta razón, dentro de sus límites, la teoría de Newton sigue conservando hoy toda su vigencia <sup>95</sup>.

El historiador del derecho construye también teorías para dar cuenta de estos ordenamientos jurídicos cerrados, teorías cerradas que reflejan los límites temporales y espaciales de la respectiva estructura jurídica identificada. El historiador del derecho se pregunta por los fines que movieron a sus antepasados. Si logra construir una teoría cerrada que dé explicación de todos los testimonios

<sup>92</sup> HEISENBERG, *La nature* 32.

<sup>93</sup> *D. Cons. Tanta* 18

<sup>94</sup> HEISENBERG, *La nature* 30 ss.; 64. *Vid.* Carl Friedrich von WEIZSÄCKER, *I grandi della fisica. Da Platone a Heisenberg* (Trad. di Marta Donzelli) (Roma 2002) VIII; XIV: 258-259; 275-276, con cita del artículo de Heisenberg donde expone su teoría y de la opinión de este mismo autor sobre la conocida obra de Kuhn. *Cf.* MARCH, *La physique* 55-56, 62, 67; OPPENHEIMER, *La science* 31-32.

<sup>95</sup> MARCH, *La physique* 8-9; THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 166 ss. *Cf.* MARCH, *La physique* 62 ss. para una posible explicación de esta característica.

existentes, los nuevos testimonios que puedan invocarse necesariamente tendrán que ser explicados desde la teoría cerrada; en caso contrario, debe abandonarse esta teoría y construir una nueva.

A diferencia de lo que sucede en el mundo de la física, la antigua teoría no puede conservarse como tal –independientemente de sus aciertos parciales–, porque su superación se ha debido a una nueva explicación que se opone a la admitida hasta el momento <sup>96</sup>.

Puede invocarse el principio de complementariedad de Bohr. Los hombres pueden proponerse distintos fines que no son incompatibles entre sí: un feroz asesino puede ser un amante padre de familia. La confusión de fines para aclarar uno de ellos conduce a polémicas inútiles sin fundamento.

31.- El teorema de Gödel afirma que un sistema formal, coherente y no contradictorio, admite siempre dentro de sí proposiciones que no pueden decidirse –no pueden rechazarse ni confirmarse–; además, la coherencia de este sistema no puede demostrarse desde los axiomas admitidos dentro del propio sistema; es necesario hacerlo desde fuera <sup>97</sup>.

Sólo de forma aproximada puede emplearse este teorema dentro de un ordenamiento jurídico que no es un sistema formal. Planteo de forma axiomática este aspecto. Primero: todo ordenamiento jurídico encuentra su fundamento de legitimidad fuera de sí. Segundo: dentro de un ordenamiento jurídico conviven criterios diferentes. El derecho no es un sistema axiológico, sino tópico (Vieweg). Tercero: no todos los miembros de un mismo ordenamiento admiten el mismo fundamento de legitimidad ni, quienes lo comparten, admiten todos ellos las mismas reglas de comportamiento.

<sup>96</sup> Los fines que se propone la física explican las características de las leyes físicas y de las teorías (vid. supra n. 95): salvan las apariencias y la técnica confirma su verdad. No creo, sin embargo, que pueda decirse que el universo tolemeico siga conservando su valor: Copérnico ha mostrado la falsedad de su descripción. Las teorías históricas no superan las anteriores incluyéndolas en una ley más omnicomprendensiva, sino que las substituyen, mostrando su falsedad.

<sup>97</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 425-426.

Para aclarar este aspecto utilizo una fórmula gráfica y, por ende, simplificada y ahistórica: todo derecho es derecho de clases. La existencia de diversas clases implica la existencia de diversas creencias que se reflejan en pretensiones diferentes a la hora de determinar lo que sea derecho. Dentro de una misma creencia de clase, coexisten formas distintas de entender el derecho.

La unidad del ordenamiento jurídico es, pues, una *factio iuris* y cada ordenamiento jurídico se legitima por el triunfo de algunas de las creencias existentes entre sus miembros. Todo jurista expone su sistema jurídico desde su situación. Sólo el historiador está en condiciones teóricas de identificar el derecho vivido porque sabe cuál de las creencias enfrentadas terminó por imponerse y la forma definitiva que adoptó. Esta posibilidad, prescindiendo de las deficiencias de cada historiador, no significa que realmente lo pueda lograr: el pasado sólo se recupera en la medida de los testimonios conservados.

32.- Si no es posible una formalización matemática del derecho, el derecho admite un cierto grado de formalización. Se puede establecer que una guerra sólo es justa, si es previamente declarada conforme a las reglas establecidas dentro del ordenamiento jurídico.

Esta descripción subraya que el derecho —y las teorías que sobre el mismo se construyen— sólo puede concebirse como algo delimitado social —espacial— y temporalmente. Sólo quienes participan de la mencionada creencia están dispuestos a reconocer en una guerra declarada una guerra justa. Se alcanza una formalización menor si se establece que dentro de un determinado ordenamiento jurídico se identifique como tirano quien accede al poder por caminos diferentes a los establecidos dentro del ordenamiento. Las estrechas relaciones entre fuerza, poder y derecho explican por qué sólo desde el presente el pasado puede contemplarse con una cierta nitidez.

Cuando los criterios formales se substituyen por juicios de valor la solución es insoluble para los juristas coetáneos y harto difícil para los historiadores del derecho porque todavía no se ha llegado al establecimiento de valores absolutos.

33.- Si los hombres se mueven por fines, la cuestión del fin deviene esencial. Sea que se confundan arbitrariamente fin y motivo, sea que cada hombre

se establezca sus propios fines, el historiador debe contentarse con comprender esos fines.

Cuando la actividad humana se institucionaliza, el problema del fin tiene otro alcance. ¿Cual es el fin de la organización política?

Esta respuesta sólo puede darse históricamente. Mejor que enfrentarme a esta cuestión, es recurrir a un ejemplo menos complejo. Si el fin de la medicina es prever las enfermedades, el médico que cura a un enfermo es el testimonio del fracaso de la medicina preventiva; si el fin de la medicina es la curación del enfermo, el cirujano es el testimonio del fracaso de la medicina curativa.

Entre recurrir a la enumeración de fines complementarios mezclándolos para alcanzar el resultado deseado –se utiliza el pasado, no se comprende– o señalar un fin atemporal a las instituciones –se niega su esencial historicidad–, el historiador del derecho puede identificar el fin querido gracias a su triunfo en la historia.

34.- Dentro de cada estructura jurídica los conceptos empleados por el jurista tienen un preciso sentido: son términos –definen exactamente– y funcionan como reflejo –aspiran a describir la realidad–. Si el historiador atiende únicamente a la exactitud del término –convierte el término en dogma–, éste puede perder su vinculación con la realidad histórica; si atiende únicamente a su adecuación a la realidad contemplada, su exactitud se resiente.

Los conceptos jurídicos son términos delimitados espacial –social– y temporalmente. Si se prescinde del rigor, el empleo de términos como dogmas conduce, como habitualmente ocurre, a la errónea identificación del *princeps absolutus* ulpiniano con el soberano absoluto de Bodin y con la soberanía absoluta de la nación. El empleo de un concepto como reflejo exige también su rigurosa definición, su fijación como término, pero, en cuanto descripción, este término tiene un valor temporal y espacial delimitado<sup>98</sup>.

<sup>98</sup> Vid. Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «De re historica (3)», en *Initium* 1 (Hom. Gay) (1996) 63 ss., con bibliografía anterior sobre este argumento y sobre el planteamiento de base del presente artículo; Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, *La articulación del poder. Un ensayo de tipología hispánica*, en *23 Semana de Estudios Medievales. Estella 22-26 Junio 1996* (Pamplona 1997) 261 ss.

Esta distinta perspectiva separa de forma irremediable a historiadores e historiadores del derecho. La diferencia existente entre la física clásica y la cuántica podría servir de modelo para establecer un parangón: la concreción impone la atención a la persona que ejerce un poder e impide fijar las características del poder. Las vidas paralelas terminan por identificar los poderes ejercidos o por un Tiberio o por un Alfonso X o por un Felipe II.

35.- El historiador del derecho –todo historiador– sólo puede conocer parcialmente el ordenamiento del pasado porque depende de sus testimonios. El pasado se le presenta, pues, como un sistema imperfectamente conocido.

Tampoco se puede proseguir de forma indefinida con esta aproximación. El conocimiento imperfecto de un sistema jurídico no encuentra su fundamento en algo semejante a las relaciones de indeterminación.

En cuanto somos lo que hemos sido, no hay nada en las conductas de nuestros antepasados que no podamos comprender –fórmula que no admite la inversión–. La imperfección de nuestro conocimiento del pasado deriva, pues, de la escasez de los testimonios; éstos no nos permiten alcanzar un conocimiento exacto de las creencias de nuestros antepasados. Esta circunstancia –y no sólo ésta– conduce, con frecuencia, al historiador del derecho a sustituirlas por sus propias creencias.

36.- Si la imperfección en el conocimiento del sistema se debe a causas diferentes en la física y en la historia, esta imperfección no puede invocarse para intentar construir leyes históricas estadísticas.

Son, pues, otras las razones que están detrás del profetismo que se difunde en la actualidad entre los historiadores y que les lleva a pronosticar y conceder patentes de hombres de Estado a probos padres de familia interesados en la suerte de sus parientes. En la historia –en la historia del derecho– faltan las condiciones necesarias para el empleo de las leyes estadísticas, aunque en algunos campos en los que el caso interviene se utilicen<sup>99</sup>. Se extiende hoy la ciencia

<sup>99</sup> THUAN TRINH XUAN, *Il caos* 85 ss.; 87 ss.; cf. 92. *Vid. supra* n. 81-82.

del caso, sin demasiado rigor y a veces sin la indispensable honestidad<sup>100</sup>. Carente de un sistema de verificación, el futuro se abandona a la fe interesada que oculta, cuanto menos, la superchería<sup>101</sup>.

Contra las predicciones futuras no existe arma eficaz alguna, como muestra la difundida práctica de acudir a astrólogos que ocupan en este mundo de la superchería un papel más decisivo pese a los esfuerzos de muchos historiadores para suplantarles.

La ausencia de un sistema de verificación hace que las leyes históricas nunca puedan ser confutadas en el presente y pierda todo interés su posible confutación en el futuro. También los astrólogos suelen hacer gala de sus aciertos, guardando silencio sobre sus repetidos fracasos. La flauta siempre puede sonar por casualidad.

37.- Las teorías historiográficas, que se ocupan del pasado, no pueden recurrir ni a la prueba del experimento ni a su confirmación por la técnica, pero tienen su piedra de toque en el testimonio. Se comprende, pues, el abandono de la crítica en la actualidad. La teoría del paradigma, propia de las ciencias de la naturaleza, se ha trasladado a la historia con abandono del examen de las pruebas. Los antiguos estados de la cuestión han dejado paso a enumeraciones de opiniones—dominadas por la adhesión al paradigma, coartada de la fidelidad tribal—que terminan adquiriendo, desvinculadas de los problemas concretos que originaron las hipótesis, el aspecto de una retahíla de estupideces propias de las charlas de café, pese a entusiastas adhesiones.

A partir de la afirmación de Newton—*hypotheses non fingo*—se ha distinguido, no con mucha claridad, entre hipótesis inadecuadas que conducen, si admitidas, a la conversión de la física en poesía e hipótesis utilizables que, mientras no puedan verificarse, no pueden elevarse a la categoría de leyes<sup>102</sup>. La carencia actual de crítica hace que la mayor parte de las hipótesis historiográficas

<sup>100</sup> Didier DACUNHA-CASTELLE, *La scienza del caso. Previsioni e probabilità nella società contemporanea* (Bari 2001) 5-6.

<sup>101</sup> Cf. ORTEGA Y GASSET III 52.

<sup>102</sup> MARCH, *La physique* 27; 35; 48.

merezcan incluirse en el primer grupo y no requieran atención ahora las atinentes al tema.

38.- La extraña vinculación entre la fuerza y el derecho conduce a afirmar que en cuanto la conducta es pura energía entre «nosotros» y los «otros» sólo la fuerza puede decidir, pero, como se ha subrayado, el simple hecho de preguntarse qué sería definido como «nosotros» y qué como «los otros» exige el recurso a la razón en sentido amplia. Las cosas además de ser, valen y, como enseñaba Protágoras, «el hombre es la medida de todas las cosas», pero no el hombre, sino cada hombre. Reina en el mundo de los hombres la *doxa*, la opinión, y sólo por medios más o menos artificiales, para no emplear una descripción más descarnada, se logra establecer una *communis opinio*, que se trata de disfrazar presentándola como el decantado de las mejores opiniones<sup>103</sup>.

38.- Pero el hombre no tiene naturaleza, sino historia y, por esta razón, si el derecho es lo que no debe cambiar, tiene sin embargo que cambiar en nombre de un ideal que no se deriva ya del *jus*, sino que es lo que hace que éste lo sea.

39.- Me ocuparé, pues, de ideas, mejor dicho hablaré de opiniones. Y si por definición la tarea del jurista —y la del historiador del derecho— es necesariamente nominalista, dentro de la dirección fenomenológica ese nominalismo está determinado históricamente, tanto espacial como temporalmente.

Las opiniones se manifiestan con palabras y las palabras encierran conceptos que, en definitiva, son definiciones abreviadas. Toda palabra puede encerrar dos tipos de conceptos, uno que atiende a la precisión, el otro a la verdad. Si se denomina al concepto que presta atención al primer aspecto «término» y al que atiende al segundo «reflejo», se delimita la actividad del dogmático y la del historiador, pero también cobra todo su sentido la afirmación aristotélica de que las cosas son u homónimas —se identifican con un mismo nombre, pero se definen de forma distinta— o sinónimas —se identifican con un nombre diferente, pero se definen de la misma manera—.

<sup>103</sup> *Vid. supra* n. 90.

Estas observaciones muestran las malas pasadas que la dimensión histórica del hombre le juega porque los reflejos devienen términos y éstos se deslegitiman al desvincularse de la sociedad que los acuñó.

40.- *Por que nos, don Alfonso, avemos poder de facer leyes.* En estas presuntuosas palabras se encierra toda la novedad de la política legislativa alfonsina<sup>104</sup>, pero se encierran, también, todos los problemas, centrados en una reclamación de un poder de hacer que se concreta en un poder de hacer leyes. ¿Por qué esta exigencia y por qué esta concreción?

Como me limito a hacer una historia dentro de una determinada tradición, puedo identificar, fácil pero externamente, estas leyes, con el fin de acotar los problemas. *Ley* se vincula a *lex* por razones tanto lingüísticas como semánticas. Pero si el vocablo *ley* es propio del mundo romance, el término *lex* nos conduce al mundo romano<sup>105</sup>.

«Ley es lo que el pueblo manda y dispone»<sup>106</sup>. Aquí tenemos un concepto que funciona, al mismo tiempo, como término y como reflejo, es decir, una definición, que acota una determinada parte de esa realidad de segundo género que es el actuar humano.

Y como la ley es lo que el pueblo manda y dispone, lo que manda una parte del pueblo, la plebe, no puede ser definido como ley, sino que tiene que ser definido como plebiscito<sup>107</sup>. El eje es, pues, la voluntad del pueblo, pero esta voluntad, una vez personificada, puede manifestarse de maneras diferentes. Simplifico al máximo un texto, en realidad, incomprensible, abstrayendo todo lo innecesario para centrarme en su núcleo significativo<sup>108</sup>. Si la voluntad del pueblo romano puede manifestarse o bien expresamente o bien tácitamente,

<sup>104</sup> Para los detalles, me remito a la obra citada *supra* n. 1, con la bibliografía mencionada en la misma.

<sup>105</sup> Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «El derecho del año mil», en *La Península ibérica en torno al año 1000. VII Congreso de Estudios Medievales* (León 2001) 105 [=107] ss., y la bibliografía citada *supra* en n. 1 y 98.

<sup>106</sup> *Gai.* 1,3=Ij. 1,2,4, donde se cambia el tiempo del verbo.

<sup>107</sup> *Vid.* n. 106.

<sup>108</sup> *D.* 1,3,32.

la voluntad del pueblo se manifiesta tanto en la *lex* como en la *consuetudo* que son así, como dicen los juristas, las fuentes de las que fluye el derecho, el *jus*<sup>109</sup>, aunque sufra el rigor definitorio.

Pero la vida no se detiene y dentro de la *respublica* romana surge el *princeps*, como el primero de los ciudadanos romanos. Por esta razón, «Constitución del príncipe es lo que el emperador establece o por decreto o por edicto o por epístola». Nunca nadie ha dudado que lo establecido por el príncipe alcance fuerza de la ley, porque por medio de la *lex* –aquello que el pueblo manda o establece– el mismo emperador ha recibido su imperio<sup>110</sup>.

Es comprensible, pues, que lo que place al príncipe tenga fuerza de ley y, simplificando todavía más esta aproximación y confundiendo la definición de dos actividades diferentes –la actividad del pueblo y la actividad del príncipe– cuando la actividad del príncipe se admite en la medida en que es la antigua actividad desplegada por el pueblo, se puede afirmar que lo que establece o manda el príncipe es *lex* y, vulgarmente, recibe el nombre de *constitutio*<sup>111</sup>.

Estas definiciones de las fuentes del derecho y esta confusión en cuanto al origen de la ley explica los sufrimientos de los antiguos términos. Quizá la mejor prueba de ello es la traducción de Mommsen de la palabra griega *nomos*. Siguiendo la tradición ciceroniana traduce *nomos* por *lex* y se encuentra haciendo afirmar a Ulpiano que entre los romanos –como entre los griegos– de las *leges* unas son escritas y otras no escritas, cuando Ulpiano afirmaba que el derecho podía ser escrito o no escrito, incluyendo a la *lex* dentro del derecho escrito y a la costumbre dentro del derecho no escrito<sup>112</sup>.

Tenemos así que, en cuanto a su origen, hay dos tipos de derecho: uno que sería el derecho escrito, que se reconduce a la *lex*, ahora expresión del emperador; del otro, el derecho no escrito, reconducible a la *consuetudo*, expresión ahora de la voluntad del pueblo. Este distinto origen plantea problemas teóricos

<sup>109</sup> Cf. *D.* 1,3,33; *D.* 1,3,35.

<sup>110</sup> *Gai.* 1,5.

<sup>111</sup> *D.* 1,4,1.

<sup>112</sup> *IJ.* 1,2,3=*D.* 1,1,6. Para Pomponio el derecho no escrito se identifica con la *interpretatio* de los prudentes (*D.* 1,2,12). Para la diferencia: *lex*/*consuetudo*, que no puede reducirse a unidad, además de los lugares citados, *vid.* *IJ.* 1,2,10. Cf. *infra* n. 121.

que obligan a una jerarquización: la *auctoritas* de la *consuetudo* es grande, pero no tanto que pueda ir ni contra la *lex* ni contra la *ratio* <sup>113</sup>.

La voluntad del pueblo queda, pues, sometida a la voluntad del príncipe, porque éste la ha recibido del pueblo romano que, por consiguiente, se ha desposeído de forma permanente de la misma. Junto a la voluntad del príncipe –la *lex*– aparece también ahora la *ratio* que por el momento debe dejarse reposar.

Si originariamente la *lex* es lo que el pueblo manda y establece, la forma de establecerse la ley lleva a diferencias formales: *lex curiata*, *lex centuriata*, pero también *privilegium*, una ley, originariamente, dada en perjuicio de una persona. Y como la ley establece una regla de conducta, también se habla de *lex privata*, *lex rei suae dicta*: «la que declara quien dispone de lo suyo en un negocio privado» <sup>114</sup>.

41.- En cuanto enciclopedista, Isidoro de Sevilla recoge las antiguas palabras y las emplea, unas veces, como términos, sufriendo la verdad y, otras veces, como reflejo, sufriendo entonces la lógica definitoria.

Cobra fuerza en su obra la distinción entre leyes divinas y humanas <sup>115</sup>. Es esta una distinción que encuentra su origen en la distinta forma de manifestarse unas y otras. Mientras las leyes divinas se manifiestan en la naturaleza humana, las humanas se reflejan en las conductas (*mores*) de los hombres. De esta manera, éstas varían de unos a otros pueblos. Esta distinción conduce a otra por identificación. La *lex divina* se identifica con el *fas* y la ley humana con el *ius*.

Isidoro ha hablado de *leges*, de *ius* y, finalmente, de *mores* y, en definitiva, los ha identificado. Es necesario, pues, dar un paso adelante y diferenciarlos <sup>116</sup>.

El *ius* es el género, mientras la *lex* es una especie del *ius*. Hay, pues, dos especies de *ius*: aquél que remonta a la ley y aquél que remonta a las conductas. El primero es derecho escrito –pues ley se dice *a legendo*– y el segundo derecho no escrito, porque la regla de conducta es una costumbre largamente observada

<sup>113</sup> *CJ.* 8,52 (53), 2 (a. 319).

<sup>114</sup> Álvaro d'ORS *DPR* 28, 31 s, 167, 296

<sup>115</sup> *Isid. Eth.* 5,2. *Vid.* también II 10.

<sup>116</sup> *Isid. Eth.* 5,3,1-4.

que se extrae de las conductas humanas. De esta manera, la costumbre, identificada con una regla de conducta, es una especie de derecho que se acepta por ley, cuando falta ésta. Aquí se reafirma la sumisión de la costumbre a la ley. Una identificación jerarquizada que no se modifica por la carencia de escritura con tal que la costumbre muestre su racionalidad, pues es esta misma *ratio* la que da su fuerza a la ley; precisamente por esta razón la ley existe ya cuando todo lo que se vincula a la razón se manifieste, siempre y cuando sea congruente a la religión, convenga a la disciplina y sea beneficioso para la salvación.

La razón de ser de esta conclusión isidoriana se encuentra en su lacónico reconocimiento, recogiendo las enseñanzas agustinianas<sup>117</sup>, de ser el derecho *–ius–* así denominado por ser justo *–iustus–*. Mientras para el romano lo justo era lo conforme con el *jus*, ahora el *jus* solo merece este nombre si es justo. Esta atención a las opiniones de su tiempo tiene otros efectos.

Su distinción entre leyes divinas y leyes humanas le conduce a una división en el derecho<sup>118</sup>. Hay tres tipos de derecho: uno es el llamado *ius naturale*, ínsito en la naturaleza humana; por esta razón es siempre igual a sí mismo, nunca puede ser *iniustum*, (...) *sed naturale aequumque habetur*. Este derecho no necesita de constitución alguna.

Junto a éste está aquel que se denomina de *ius civile*<sup>119</sup>. Reaparece, pues, la idea de *constituere*. Mientras el derecho natural no aparece constituido, el *ius civile* lo es por cada pueblo.

Su capacidad diferenciadora desaparece a la hora de identificar el *ius gentium*, reducido a un derecho identificado por ser utilizado por casi todos las gentes como derecho, en una especie de tautología que adelanta tendencias comparativistas<sup>120</sup>.

<sup>117</sup> IGLESIA FERREIRÓS, *La creación* (n. 1) I 107.

<sup>118</sup> Isid. *Eth.* 5,4,1-2.

<sup>119</sup> Isid. *Eth.* 5,5.

<sup>120</sup> Isid. *Eth.* 5,6. Desvinculado el derecho de su fuente originaria, surgen otras definiciones de derecho: *quid sit ius militare* (Isid. *Eth.* 5,7,1-2), *quid sit ius publicum* (Isid. *Eth.* 5,8); *quid sit ius Quiritium* (Isid. *Eth.* 5,9).

En esta transición, Isidoro de Sevilla se ha encontrado también con el derecho propio, aquél de los romanos<sup>121</sup>. Si el común lo es por ser usado por casi todos los pueblos, el derecho romano es propio, porque sólo se encuentra entre los romanos. Y dentro de esta peculiaridad está también la forma de ser constituido<sup>122</sup>. La ley constituye el derecho y reaparece la distinción fundamental entre *lex* y *constitutio*.

La ley sigue siendo la aprobada por el pueblo romano, mientras la *constitutio* es lo establecido por el príncipe o rey, una dualidad sólo explicable –dentro de este resumen histórico romano– porque *princeps* en cuanto *imperator* es el nombre con el cual conocieron los romanos a sus reyes.

Esta interpretación se refuerza por el empleo realizado por Isidoro de estas palabras, desvinculadas ya de la tradición romana: Isidoro distingue entre *lex*, una *constitutio populi*, y la *constitutio* o *edictum*, establecido por el rey o el emperador. La colocación de estas palabras tiene su importancia<sup>123</sup>. Pero si la *constitutio* o el *edictum* terminó equiparándose a la *lex*, *lex* recibe también un nuevo contenido, gracias a la distinción entre público y privado.

Los privilegios se identifican con las leyes privadas, pues el privilegio es lo que se manifiesta privadamente<sup>124</sup>. Se desvirtúa el recuerdo ciceroniano de *lex* y se acentúa el carácter de un derecho particular<sup>125</sup>.

Si estas palabras se emplean como reflejos y se definen como término en el mundo visigodo, la *lex* es simplemente la expresión de la voluntad del príncipe a través de la cual actúa la alta misión para la cual Dios le ha puesto

<sup>121</sup> Isid. *Eth.* 5,9,1-2. En esta enumeración, vinculada a fuentes romanas, no se menciona la *consuetudo*. Cf. IGai. 1,2 y IJ. 1,2 (*Vid. supra* n. 112),

<sup>122</sup> Isid. *Eth.* 5,10-14.

<sup>123</sup> Isid. *Eth.* 2,10,1-6. *Vid.* Isid. *Eth.* 5,10; 5,13; 5,3,1-4; 5,19; 5,20; 5,21.

<sup>124</sup> Isid. *Eth.* 5,18: «Privilegia autem sunt leges privatorum, quasi privatae leges. Nam privilegium inde dictum, quod in privato feratur». Oroz Reta propone traducir la parte final: «De aquí su denominación de “privilegio”, porque se posee en privado». En latín clásico: “legem ferre” es proponer una ley, presentar una propuesta de ley (Calonghi); en los concilios de Toledo, en pasiva: presentarse, mostrarse (Mellado Rodríguez).

<sup>125</sup> *Vid.* Joaquín GONZÁLEZ CUENCA, *Las etimologías de San Isidoro romanceadas* I (Salamanca-León 1983) 274: «Capítulo XVIII<sup>o</sup>. De los privilegios. Privilegia, que son “privilegios”, son leyes de cosas privadas, así como leyes privadas, ca privilegio por ende es así dicho porque es todo en cosa privada o apartada».

al frente de su pueblo: imponer la justicia cristiana por medio del terror. Identificada de esta manera la *lex* y reducido el derecho a lo establecido por el rey, no ha ya lugar para la *consuetudo* como expresión de la voluntad del pueblo.

42.- Aquel confusionismo entre lo natural y lo sobrenatural que se vincula al nombre de Agustín de Hipona y se transmite por Isidoro de Sevilla alcanzará un nuevo estadio en la obra de Jonás de Orleans, reflejo de una sociedad transformada.

Si la ley se vincula a la voluntad del rey, los reyes están colocados al frente de su pueblo no por herencia ni por elección, sino por designio divino. Es Dios quien pone los reyes al frente de sus pueblos para hacer realidad la justicia, una justicia, obra de Dios, que justifica el derecho.

La crisis de poder que, en el aspecto que interesa ahora resaltar, conduce a la desaparición de la ley en cuanto expresión de la voluntad del rey, refuerza el papel del derecho divino, al cual aparece ahora sometido el derecho humano. Sólo es derecho lo que coincide con la voluntad divina. Permanece el recuerdo de las leyes, unas leyes que en la península se identifican con la *Lex Gothica* que recoge derecho en la medida en que no se aparta del derecho divino, del cual se considera una redacción defectuosa por escrito, obra incluso de los santos padres.

Si la *lex* deviene una denominación histórica, también adquiere un carácter histórico la palabra *ius*, substituida en su función significativa por *forum*, *fuego*, *consuetudo*, *costum*. La situación concreta en la que Dios ha colocado a cada uno de los hombres en el orden divino de la creación le concede sus fueros, unos fueros particulares y propios que, en cuanto tales, pueden ser así concebidos como privilegios. Este derecho privilegiado es pues un derecho propio que, en cuanto tiene un origen divino, debe ser defendido contra posibles ataques, pues todo buen cristiano tiene que defender sus fueros porque ésta defensa forma parte de la defensa del ordenamiento divino. Es suficiente recordar aquí con que particular delectación los habitantes de Castrojeriz reseñaban todas las violencias cometidas en defensa de sus privilegios <sup>126</sup>.

<sup>126</sup> Tomás MUÑOZ Y ROMERO, *Colección de Fueros (...)* [Madrid 1847.1970] 39 ss.

Este carácter particular del privilegio hace que éste se considere propiedad de sus titulares. El desarrollo teológico escolástico conduce a reconocer en la propiedad un derecho de origen divino que escapa del poder de los hombres, hasta el límite de que cuando Bodin fija en el siglo XVI su noción de soberanía, fija la propiedad privada –en cuanto derecho divino– como su límite.

Si se prescinde de las leyes históricas conservadas –la *lex gothica*–, el ordenamiento jurídico se limita a los fueros y *costums* que cada uno de los miembros de la sociedad altomedieval ostenta y de los que, en cuanto particulares, pueden disponer. Si los poderosos, al disponer de sus cosas, pueden constituir privilegios, también pueden abusar de su situación. Hay, pues, fueros buenos y fueros malos, debiéndose excluir estos últimos del mundo del *jus*.

43.- Dios es autor de la justicia y el hombre lo es del derecho. En esta frase de los primeros juristas del renacimiento jurídico boloñés se encierra la gran novedad aportada por la recuperación de la obra de Justiniano. El derecho es obra del hombre, pero el hombre debe limitarse a constituir como derecho la equidad ruda, aquel orden de la creación ínsito en las cosas. Con su lenguaje colorido los juristas subrayan que la equidad ruda debe ser apresada en los lazos del derecho y configurarse como equidad constituida. ¿A quién corresponde esta tarea?

Si tarea del hombre altomedieval era descubrir su derecho, esta función la realizaba en su más alta instancia el rey, quien, si no se presentaba como rey legislador, aparecía como rey juez. Era fácil, pues, para el pensamiento bajomedieval concluir que, correspondiendo juzgar al rey y debiendo hacerlo según determinadas leyes, debía ser el rey el encargado de establecer nuevas leyes<sup>127</sup>.

44.- Vuelve a ser de nuevo tarea de los hombres fijar por escrito el derecho, aunque lo establecido sólo lo será en la medida en que constituya la equidad ruda. Esta concepción encontraba sin embargo dos obstáculos. De un lado, el enfrentamiento entre el rey y los estamentos privilegiados había provocado la aparición de unas reuniones de los mismos que abrió camino a una antigua

<sup>127</sup> Jacobus de Viterbo, *De regimine christiano* II 4 –IGLESIA FERREIRÓS, *Antología* 112-115–.

disposición adecuada por la canonística a los intereses papales en su enfrentamiento con los poderes temporales: «lo que atañe a todos, por todos debe ser decidido».

En segundo lugar, la recuperación del poder de hacer leyes se hacía dentro del marco del sistema jurídico establecido en la obra de Justiniano donde se reconocía que sólo al emperador correspondía establecer la ley e interpretarla. Vinculando la ley al Imperio –al emperador– un anónimo jurista planteaba de forma gráfica la cuestión: o hay un solo Imperio y entonces solo hay un derecho o hay muchos derechos y entonces existen muchos reinos <sup>128</sup>.

El derecho se presenta en esta época como expresión de dos principios fundamentales: justicia y poder. Los reyes tienen poder, pero no gozan del prestigio del emperador, un prestigio que, a su manera, testimoniaba Isidoro de Sevilla, pese a decir que emperador era el nombre que los romanos daban a sus reyes <sup>129</sup>.

45.- La lucha de los reyes para reivindicar la creación del derecho por medio de la ley tiene así dos frentes. Es necesario combatir la teoría que ve en la renuncia del antiguo poder del pueblo en las manos del rey una renuncia temporal vinculada a la obligación impuesta al monarca de hacer justicia y es necesario combatir la teoría que reduce al rey frente al emperador a una especie de prefecto del pretorio modernizado.

La antigua exención del Imperio del reino visigodo facilita la tarea de los monarcas peninsulares. La *lex gothica* es el testimonio de esa independencia frente al Imperio y legitima, al mismo tiempo, la pretensión del monarca de establecer la ley. Esta pretensión se refuerza a través de la afirmación del carácter de vicario de Dios en la tierra en el orden temporal.

El primer paso en esta dirección, dejando a un lado el precedente indirecto que representa Alfonso VIII, se encuentra en la política de Fernando III el Santo. Sigue concediendo privilegios a los moradores de las ciudades de sus nuevos reinos, pero dentro de estos privilegios se encuentra la concesión como fuero del antiguo *Liber Judiciorum* –la *lex gothica*– que reconocía al

<sup>128</sup> *Quaestiones de iuris subtilitatibus* I 10-16 -IGLESIA FERREIRÓS, *Antología* 85-87-.

<sup>129</sup> Isid. *Ethy.* 9,3,1-2.

monarca la tarea de establecer el derecho por medio de la ley y de interpretarlo de forma exclusiva en su faceta creadora.

De esta manera se ponía coto al antiguo sistema altomedieval que no podía expandirse, pero no se veía afectado en sus antiguas pretensiones. Alfonso X acometió esta tarea novedosa.

En cuanto novedad, Alfonso X tiene que justificar su pretensión de establecer la ley, mostrándolo como una actividad antigua, dirigida a combatir las malas fazañas y los malos fueros. Se corta así la posibilidad de identificar el derecho a través de la actuación de los jueces y se acaba con las malas fazañas y los malos fueros que se habían instaurado. La alta función que asume el monarca—apresar en los lazos del derecho la equidad ruda—conduce al reconocimiento de que con el máximo respeto al antiguo derecho el rey puede establecer el nuevo derecho por medio de la ley. El derecho se reduce así a la ley del monarca, que se identifica, si es necesario, con el fuero. Esta ley es la única que puede utilizarse en los tribunales de justicia. Para perfeccionar esta pretensión el monarca debe asumir la tarea de decir el derecho de forma exclusiva para imponer a los jueces la tarea de imponer su libro de leyes y para prohibirles que puedan sentenciar—es decir, que puedan identificar el derecho—allí donde no exista ley alguna en su libro.

Pero el rey no puede ir contra el derecho antiguo, expresión del derecho divino. El privilegio escapa, pues, de esta construcción teórica, aunque quede sometido a un control que pretende hacerlo desaparecer<sup>130</sup>. El origen divino de la propiedad es un límite insuperable. La modernidad alfonsina se demuestra en esta asunción de la tarea de crear el derecho y en su capacidad para independizarse de los límites que los glosadores, de un lado, y el papa, del otro, habían pretendido establecer.

En su afán renovador incluso parece dar un paso más que le lleva fuera de su época. «et tan grand es el derecho del poder del rey, que todas las leyes e todos los derechos tien so sí, el so poder non lo ha de los omnes mays de Dios, cuyo lugar tiene en todas las cosas temporales».

<sup>130</sup> Aquilino IGLESIA FERREIRÓS, «Libro de Leyes y Privilegios», en AA.VV., *Sevilla, ciudad de Privilegios. Escritura y poder a través del privilegio rodado* (Sevilla 1995) 119-173

La ubicación de este principio y su aparición esporádica unidas a la tarea propia del monarca me llevan a pensar que se recoge aquí únicamente la teoría que atribuye el perdón de los delitos al monarca, en una formulación paralela a la empleada en materia de creación del derecho. Si sólo corresponde interpretar la ley a su creador, sólo corresponde perdonar a quien puede castigar.

Este principio, tan avanzado en su formulación abstracta, sólo volverá a reaparecer, por lo que sé, a mediados del siglo XV, cuando el antiguo derecho se ha desvinculado ya de su origen divino. Son los primeros vislumbres de una teoría que alcanzará su perfección en la obra de Bodin, construida para hacer al monarca absoluto: el derecho antiguo no es un límite a su voluntad, aunque el derecho divino y el derecho natural sigan siendo los límites del poder de un monarca que está al frente de su pueblo para apresar en los lazos del derecho la equidad ruda.